

Université de Montréal

Le fichage de la délinquance sexuelle : une érosion des principes de justice criminelle et punitive

par

Geneviève Beausoleil-Allard

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales
en vue de l'obtention du grade de maître
en droit

Juillet 2011

© Geneviève Beausoleil-Allard, 2011

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

Le fichage de la délinquance sexuelle : une érosion des principes de justice criminelle et
punitive

Présenté par :
Geneviève Beausoleil-Allard

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Diane Labrèche, présidente-rapporteuse
Hélène Dumont, directrice de recherche
Hugues Parent, membre du jury

Résumé

Dans ce mémoire, nous examinons le fichage de la délinquance sexuelle dont les divers régimes juridiques reposent sur l'idée que ces contrevenants présentent un risque réel de récidive criminelle. Les données scientifiques sur la délinquance sexuelle relativisent ce risque et attestent qu'il est quasi absent dans un très grand nombre de cas. Il existe donc une dichotomie entre les prémisses du droit et les connaissances issues des sciences sociales et humaines sur cette question. Le fichage de cette délinquance au Canada donne lieu à des mécanismes administratifs provinciaux en plus d'un régime fédéral contenu au *Code criminel*. Nous émettons l'hypothèse que le fichage provincial emporte de véritables conséquences pénales sur les délinquants sexuels, affectent leurs droits en vertu de l'article 7 de la *Charte* et contrecarre des principes de justice fondamentale. Ensuite, nous examinons le régime fédéral intégré au *Code criminel* et nous argumentons que ce mécanisme juridique crée une mesure punitive de la nature d'une peine. Par conséquent, le fichage fédéral devrait être aménagé de façon à satisfaire aux garanties constitutionnelles propres à la peine et aux principes généraux de la détermination de la peine en vertu de la Partie XXIII du *Code criminel*. Nous concluons que les législateurs successifs ont créé des régimes juridiques régissant le fichage de la délinquance sexuelle en écartant les principes fondamentaux administratifs, criminels et constitutionnels qui devraient présider à l'élaboration des règles concernant ce stigmat de la criminalité. Les tribunaux, par leur interprétation, ont également déqualifié cette stigmatisation de la criminalité sexuelle à titre de peine. Le droit relatif au fichage de la délinquance sexuelle donne donc lieu à une érosion des principes fondamentaux de la justice criminelle et punitive.

Mots-clés : LERDS, gestion du risque, détermination de la peine, justice fondamentale, droit constitutionnel

Abstract

In this thesis, we examine tracking mechanisms for sex offenders that are based on the idea that the offenders present a real risk of criminal recidivism. Scientific data on sexual delinquency minimises this risk and shows on the contrary that most sex offenders do not reoffend. There is therefore a discrepancy between the premises of the law and the social and human sciences' findings on the issue. In Canada, there are provincial administrative tracking schemes as well as a federal mechanism integrated in the *Criminal Code*. We submit that provincial tracking systems bring true penal consequences on sexual offenders, infringe on their constitutional rights protected by s. 7 of the *Charter* and violate the principles of fundamental justice. We then examine the federal provisions integrated in the *Criminal Code* and we argue that this mechanism creates a punitive measure amounting to a punishment and a sentence. Consequently, the federal provisions should be developed in order to satisfy constitutional guarantees relating to a punishment, and should satisfy the general principles of sentencing under Part XXIII of the *Criminal Code*. We conclude that by creating legal sex offenders tracking mechanisms, legislators have removed the most fundamental principles of administrative, criminal and constitutional law. These principles should guide rule makers with regards to this stigma of criminality. Courts have also disqualified this stigma of criminality from being a punishment. The law relating to the tracking of sex offenders gives rise therefore to an erosion of the principles of fundamental justice in regards to criminal and sentencing law.

Keywords : SOIRA, Risk Management, Sentencing, Fundamental Justice, Constitutionnal Law

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : LE FICHAGE DE LA DÉLINQUANCE SEXUELLE	13
1.1. Le cadre juridique du fichage de la délinquance sexuelle à partir des données des sciences humaines et sociales	13
1.1.1. Portrait abrégé du fichage fédéral canadien	13
1.1.1.1. Le délinquant visé par le fichage	13
1.1.1.2. La <i>LERDS*</i> et le risque de récidive criminelle	18
1.1.2. Le délinquant sexuel vu à travers le prisme des sciences humaines et sociales	21
1.1.2.1. Le pédophile	22
1.1.2.2. Le prédateur sexuel	28
1.1.2.3. Le délinquant sexuel	31
1.1.2.3.1. Le taux de criminalisation	32
1.1.2.3.2. Les victimes et les auteurs de la délinquance sexuelle	34
1.1.2.3.3. Le risque de récidive criminelle	36
1.2. Le fichage de la délinquance sexuelle au Canada : un système polymorphe d'influence américaine	38
1.2.1. Les influences et initiatives déterminantes pour le Canada	39
1.2.1.1. Les États-Unis : figure d'influence	39
1.2.1.2. Certaines initiatives provinciales	50
1.2.1.2.1. Le Comité consultatif du Manitoba	51
1.2.1.2.2. La notification albertaine	56
1.2.1.2.3. Le fichage automatique ontarien	58
1.2.1.2.4. Le Projet de loi de la Colombie-Britannique	61
1.2.2. <i>La Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (LERDS*)</i>	62
1.2.2.1. Principes et objectifs fondamentaux	64
1.2.2.2. La phase judiciaire	66
1.2.2.2.1. Les dispositions d'application prospective	68
1.2.2.2.2. Les dispositions d'application rétrospective	71

1.2.2.3. La phase d'exécution	73
1.2.3. La <i>Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels</i>	78
1.3. Conclusion du premier chapitre	82
 CHAPITRE 2 : LES PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS AU FICHAGE DE LA DÉLINQUANCE SEXUELLE	 91
2.1. Les mécanismes provinciaux de fichage	92
2.1.1. Le débat juridique fondé sur le partage des compétences dans le fédéralisme canadien	92
2.1.1.1. L'allégation de l'ultra vires	92
2.1.1.2. Le rattachement à des compétences provinciales	93
2.1.1.3. La coexistence ou le conflit des législations fédérale et provinciale et la doctrine de la prépondérance fédérale	95
2.1.2. La nature véritable du fichage et l'étendue des garanties procédurales associées à la prise de décision de fichage la délinquance sexuelle	96
2.1.2.1. Les catégories de décisions	96
2.1.2.2. La détermination de la nature véritable du fichage au regard des catégories de décision	98
2.1.2.2.1. Le fichage provincial emporte de véritables conséquences pénales	98
2.1.2.2.2. Le fichage provincial affecte les droits fondamentaux	101
2.1.2.2.3. Le respect des principes de justice naturelle	103
2.1.2.3. Discussion relative à certains aspects procéduraux des mécanismes provinciaux de fichage	106
2.1.2.3.1. La question de l'application rétrospective des lois provinciales de fichage	106
2.1.2.3.2. La question du mécanisme de fichage résultant d'un protocole	109
2.2. Les mécanismes fédéraux du fichage	111
2.2.1. La décision de fichage est prise dans un processus de nature criminelle	111
2.2.1.1. Le pouvoir fédéral en matière criminelle	111
2.2.1.1.2. La portée excessive de la LERDS et son fondement sur une présomption trop globale de récidive criminelle	112
2.2.1.2. La <i>LERDS*</i> : une décision différée et distincte de la sentence qui constitue néanmoins une peine du <i>Code criminel</i> et une peine au plan constitutionnel	122
2.2.1.3. La <i>LERDS</i> : l'imposition d'une peine	133
2.2.1.4. Les garanties à respecter	134

2.2.1.4.1. La LERDS* et les principes de justice naturelle	135
2.2.1.4.2. La LERDS : la presque totale absence de la justice naturelle	136
2.2.2. Conséquences sur les principes constitutionnels propres à la peine qu'il faut respecter	138
2.2.2.1. Le droit à la peine la plus douce	138
2.2.2.2. Nul ne peut être puni deux fois pour le même crime	141
2.2.2.2.1. La question de la double décision	141
2.2.2.2.2. La question du double fichage	143
2.2.2.3. Le châtement cruel et inusité	144
2.2.3. Conséquences sur les principes fondamentaux de sentencing à respecter (LERDS dernière version)	146
2.2.3.1. Le principe de la justice méritée	147
2.2.3.2. Le principe de la proportionnalité	148
2.2.3.3. La preuve d'un facteur aggravant et la preuve d'un facteur atténuant	151
2.3. Conclusion du deuxième chapitre	153
CONCLUSION	154
TABLE DE LA LÉGISLATION	163
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	169
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	177

Table des abréviations

Liste des abréviations relatives à la législation

al.	alinéa(s)
art.	article (s)
c.	chapitre
C.cr.	Code criminel
DORS	Décrets, Ordonnances et Règlements Statutaires (refontes 1949, 1955)
Gaz. Can.	Gazette officielle du Canada
légis.	législature
LERDS*	Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (ancienne version)
LERDS	Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (nouvelle version)
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
L.O.	Lois de l'Ontario
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.R.Q.	Lois refondues du Québec (depuis 1977)
R.S.B.C.	Revised Statutes of British Columbia
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario
S.B.C.	Statutes of British Columbia
sess.	session
U.S.C.	United States Code

Liste des abréviations relatives à la jurisprudence

ABCA	Alberta Court of Appeal (référence neutre)
A.B.Q.B.	Alberta Court of Queen's Bench
BCCA	British Columbia Court of Appeal (référence neutre)
BCSC	British Columbia Supreme Court (référence neutre)
B.C.S.C.	British Columbia Supreme Court
c.	contre
C.A.	Cour d'appel
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C.F.	Cour fédérale
C.R.	Criminal Reports

C.S.	Cour supérieure
C.S.P.	Cour des sessions de la paix
D.L.R.	Dominion Law Reports
MBCA	Manitoba Court of Appeal (référence neutre)
M.V.R.	Motor Vehicle Reports
NBCA	New-Brunswick Court of Appeal (référence neutre)
Nfld C.A.	Newfoundland and Labrador Court of Appeal
NLCA	Newfoundland and Labrador Court of Appeal (référence neutre)
NSCA	Nova Scotia Court of Appeal (référence neutre)
ONCA	Ontario Court of Appeal (référence neutre)
O.R.	Ontario Reports
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
S.C.R.	Supreme Court Reports
SKCA	Saskatchewan Court of Appeal (référence neutre)
U.S.	United States Supreme Court Reports
v.	versus

Liste des abréviations relatives à la doctrine

British J. Criminol.	The British Journal of Criminology
C. de D.	Cahier de droit
coll.	collection
dir.	directeurs
éd.	édition
n°	numéro
J. Psychiatry & L.	The Journal of Psychiatry and Law
McGill L.J.	McGill Law Journal
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
R.J.T.	Revue juridique Thémis
t.	tome
UNBLJ	University of New Brunswick Law Journal
vol.	volume
Washburn L.J.	Washburn Law Journal

Précision d'une convention de rédaction du mémoire

Vers la fin de la rédaction de notre mémoire, la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (LERDS)* et la section du *Code criminel* relative aux ordonnances d'enregistrements des délinquants sexuels ont subi d'importants changements en raison de l'entrée en vigueur de la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*. Ces modifications toutes récentes n'ont pas encore été analysées au plan doctrinal ou jurisprudentiel.

Pour les fins de notre mémoire, l'ancienne version de la *LERDS* fait par conséquent l'objet de la plupart de nos recherches, analyses et commentaires critiques. Nous examinons néanmoins les nouvelles dispositions législatives, car elles viennent renforcer nos hypothèses.

Pour faciliter la lecture de notre mémoire, nous avons donc adopté la convention suivante:

- Anciennes dispositions : *LERDS** ou **C.cr.* (marqué d'un astérisque) ;
- Nouvelles dispositions : *LERDS* ou *C.cr.* (sans astérisque).

Le point idéal de la pénalité aujourd'hui serait la discipline indéfinie : un interrogatoire qui n'aurait pas de terme, une enquête qui se prolongerait sans limite dans une observation minutieuse et toujours plus analytique, un jugement qui serait en même temps la constitution d'un dossier jamais clos, la douceur calculée d'une peine qui serait entrelacée à la curiosité acharnée d'un examen, une procédure qui serait à la fois la mesure permanente d'un écart par rapport à une norme inaccessible et le mouvement asymptotique qui contraint à la rejoindre à l'infini. Le supplice achève logiquement une procédure commandée par l'Inquisition.

Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 264.

Remerciements

Je veux tout d'abord remercier ma directrice de recherche, la professeure Hélène Dumont. Ses judicieux conseils m'ont permis de décroisonner mon approche du droit criminel, d'aborder mon étude d'une manière différente et de pousser plus loin ma réflexion. Je veux aussi en profiter pour la remercier de m'avoir transmise, alors que j'étais une de ses étudiantes au baccalauréat, sa passion pour la pénologie et le droit criminel. Pour cela, je lui serai toujours redevable.

Merci à mes parents, Sylvain et Chantal, pour leur support constant. Sans eux, ce projet n'aurait pas vu le jour. Merci à mon conjoint, Adrien Williams, pour sa patience et sa grande, très grande compréhension.

J'aimerais également remercier les Honorables François Doyon et Marie-France Bich, juges à la Cour d'appel du Québec, qui ont fait preuve d'une grande compréhension en m'autorisant, alors que j'étais leur assistante de recherche, à concilier travail et études.

Je suis aussi reconnaissante envers les professeurs Diane Labrèche, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Pierre-Claude Lafond, qui m'ont offert des opportunités de recherche très stimulantes.

Enfin, je remercie la Faculté des études supérieures et postdoctorales pour la bourse octroyée.

Introduction

Depuis quelques années déjà, le discours politique en matière pénale abandonne les finalités de réhabilitation et de réinsertion sociale associées à la peine. L'apparition au Feuilleton de la Chambre des communes de nombreux Projets de loi augmentant la rigueur des peines en insistant sur l'exemplarité et la dissuasion en est une preuve¹. Cela constitue

¹ Pour la seule année 2010, durant la troisième session de la quarantième législature, au moins vingt-deux projets de loi touchant d'une manière ou d'une autre à la détermination de la peine étaient à l'étude à la Chambre des communes ou au Sénat. De ce nombre, vingt-et-un visaient d'une manière ou d'une autre à durcir la détermination de la peine. La création de nouvelles infractions, de peines consécutives et de peines minimales, l'exclusion de certains types de crime du champ d'application de l'emprisonnement avec sursis, l'augmentation du temps d'épreuve pour être admissible à la libération conditionnelle, la modification des règles relatives au pardon sont des exemples de thèmes omniprésents à l'Agenda législatif. À cet égard, le titre de ces Projets de loi est évocateur, comme l'indique une recherche effectuée en décembre 2010 : *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010, c. 17; *Loi modifiant le Code criminel (Loi renforçant la sévérité des peines d'emprisonnement pour les crimes les plus graves)*, projet de loi n° S-6 (3^e lecture au Sénat – 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur certaines drogues et autres substances* et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (*Loi sur les peines sanctionnant le crime organisé en matière de drogue*), projet de loi n° S-10 (débat à la 2^e lecture à la Chambre – 7 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (condition sociale)*, projet de loi n° C-558 (1^{er} lecture à la Chambre – 17 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (semi-liberté - règle de six mois ou du sixième de la peine)*, projet de loi n° C-434 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (ajout à l'ordonnance d'interdiction)*, projet de loi n° C-376 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (dédommagement des victimes)*, projet de loi n° C-372 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (révision du délai préalable à la libération conditionnelle) et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-332 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans)*, projet de loi n° C-268 (sanction royale le 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (prédateur sexuel d'enfants)*, projet de loi n° C-246 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (peines consécutives)*, projet de loi n° C-231 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (cruauté envers les animaux)*, projet de loi n° C-229 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la défense nationale en conséquence (Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples)*, projet de loi n° C-48 (étude en comité – 7 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (Loi sur la protection des enfants contre les prédateurs sexuels)*, projet de loi n° C-54 (2^e lecture en Chambre – 6 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc)*, projet de loi n° C-21 (2^e lecture à la Chambre – 5 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-39 (2^e lecture à la Chambre – 20 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Shoker)*, projet de loi n° C-30 (1^{er} lecture à la Chambre – 31

un changement d'attitude par rapport à la réhabilitation qui, pour certains auteurs, caractérisait le modernisme pénal. Avec l'arrivée de la modernité tardive commençant vers le milieu des années 1970², les politiques pénales influencées par l'approche clinique, jusqu'à tout récemment considérées comme étant appropriées, sont de plus en plus mises de côté. On leur préfère des stratégies plus punitives, plus dures et inspirées par des impératifs de sécurité publique.

mai 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire et d'autres lois en conséquence (Loi supprimant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves)*, projet de loi n° C-23B (étude en Comité – 24 novembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire*, projet de loi n° C-23A (sanctionné le 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant le Code criminel (Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves)*, projet de loi n° C-16 (2^e lecture à la Chambre et renvoi à un Comité – 6 mai 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (Loi de Sébastien (protection du public contre les jeunes contrevenants violents))*, projet de loi n° C-4 (étude en Comité – juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.).

² David GARLAND, *The Culture of Control : Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001. Garland opine qu'aux États-Unis et en Grande-Bretagne, la période du modernisme pénal durant laquelle la réhabilitation était hégémonique s'échelonna de 1950 à 1970. À partir du milieu des années 1970, avec l'arrivée de la modernité tardive, de nouveaux désordres sociaux dus à la délinquance et à l'insécurité ont provoqué le changement progressif des politiques pénales. La modernité tardive est un terme pratique utilisé par Garland pour décrire des tendances qui ont affecté les États-Unis et le Royaume-Uni, mais également d'autres pays, durant la seconde moitié du XX^e siècle : David GARLAND, « Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité », (2007) 31 *Déviance et société* 387, 394. Garland identifie plusieurs indicateurs de cette modernisation, comme l'arrivée massive sur le marché du travail des femmes, l'expansion économique, la réorganisation fondamentale de l'écologie sociale, l'impact de la télévision, etc. Ces tendances ont créé de nouveaux aménagements sociaux porteurs de nouvelles libertés. Ces nouvelles libertés ont généré « [les] nouvelles formes d'insécurité et [le] renforcement des contrôles et des exclusions » (*Id.*, 395) auxquelles on assiste présentement. De son côté, le professeur Pat O'Malley s'est intéressé à l'à-propos de la thèse de Garland pour la situation canadienne. Il estime que le Canada n'a pas connu une période où la réinsertion sociale était hégémonique, ni de virage punitif à partir des années 1970. Sans nous prononcer sur la validité de ces thèses, nous estimons toutefois que l'approche de Garland peut alimenter notre réflexion. Comme Garland l'indique lui-même, si ses thèses sont justes, « alors d'autres pays avancés, ayant aussi connu les changements sociaux, économiques et culturels caractérisant la modernisation de la fin du XX^e siècle, auront à s'affronter à certains de ces problèmes. » (*Id.*, p. 388). Voir aussi Pat O'MALLEY, « 'Mondialisation' et 'justice criminelle' : du défaitisme à l'optimisme », (2006) 30 *Déviance et Société* 323.

Si l'on se réfère aux philosophies de la peine³, on peut soutenir que le discours pénal actuel est utilitariste⁴ et semble désormais accorder à la peine une utilité complètement déterminée par la nécessité de protéger les biens et les personnes. Bref, la peine devient plus que jamais un outil indispensable de la préservation de l'ordre social. La peine serait ainsi déterminée de plus en plus en fonction d'une rationalité punitive prospective et le pouvoir politique instrumentaliserait le droit sans tenir compte des limites au pouvoir de punir⁵. Par ailleurs, la théorie de la peine méritée et proportionnelle exprimant le « juste dû » rawlsien⁶ et fondée sur une rationalité restitutive serait reléguée au second plan⁷.

Ce durcissement des politiques pénales donne lieu à une extension insidieuse de la peine. La *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*⁸ (LERDS*) en constitue un exemple. Entrée en vigueur en 2004, elle instaure un régime pancanadien de fichage de la délinquance sexuelle. Aux fins de notre propos, nous devons préciser le sens de l'expression « fichage » que nous utiliserons tout au long de notre mémoire. Dans un premier sens, le fichage de la délinquance sexuelle s'entend de la cueillette de renseignements sur les contrevenants sexuels par l'État aux fins de constituer une banque de données dont l'usage est réservé aux corps policiers. Le cadre législatif établi par la LERDS* permet et organise un tel fichage. Sa finalité alléguée consiste à munir les corps policiers d'un outil d'enquête efficace pour assurer la protection du public. Cet outil permet d'agir en amont et en aval afin de favoriser la résolution et la prévention de

³ Pierrette Poncela souligne que « dégager des rationalités punitives, c'est nous donner des instruments d'analyse pour décrire des discours à la fois produits et informés par ces rationalités » : Pierrette PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 57. Ces rationalités, ou philosophies, jouent un rôle réflexif servant à « justifier et à légitimer la peine et le droit de l'État de l'appliquer » : André JODOUIN et Marie-Ève SYLVESTRE, « Échec de la réforme de la peine », (2009) 50 *C. de D.* 519, p. 531.

⁴ John Stuart MILL, *On Liberty. Considerations on Representative Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1946.

⁵ P. PONCELA, préc., note 3, p. 64.

⁶ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

⁷ Nous empruntons à P. PONCELA, préc., note 3, la distinction entre rationalités punitives prospective et rétributive.

⁸ *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C., 2004, ch. 10.

crimes sexuels. Dans son second sens, le fichage de la délinquance sexuelle suppose la notification de renseignements sur les contrevenants sexuels à la communauté. Certaines provinces canadiennes, dont l'Alberta et le Manitoba, se sont dotées d'un mécanisme autorisant un tel fichage. Précisons que dans certains pays, le fichage peut se présenter sous ces deux formes : c'est le cas du modèle américain de la *Megan's Law*⁹. Quels que soient le contenu et le but du fichage, la finalité de ces mécanismes est la protection du public. Le deuxième type de fichage opère toutefois selon une logique différente : l'État n'est plus le seul à assumer la protection du public contre la délinquance sexuelle, puisqu'il confie aux citoyens la responsabilité d'assurer leur propre sécurité et pour cette raison, leur fournit de l'information pertinente sur la délinquance sexuelle.

Dans le cas de la loi canadienne, les objectifs du fichage fédéral sont ceux de protection du public et d'efficacité des enquêtes policières. Pour les satisfaire, la *LERDS** ajoute au *Code criminel*¹⁰ des dispositions prévoyant l'émission d'une ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels à la suite du procès pénal et de la condamnation. Lorsqu'elle est exécutée (généralement après l'expiration légale de la peine), cette ordonnance astreint les contrevenants sexuels à des obligations d'information à leur sujet aux fins de confectionner et de mettre à jour périodiquement une banque de données. Il s'agit du Registre national sur les délinquants sexuels. Soulignons immédiatement la portée extensive de la *LERDS** qui laisse peu de délinquants sexuels échapper au fichage.

En effet, le postulat de cette loi fédérale sur le fichage de la délinquance sexuelle est le suivant : *tous* les contrevenants sexuels présenteraient un risque réel de récidive criminelle, et ce, même après l'expiration de leur peine légale. Ainsi, le fichage de tous les délinquants sexuels, comme outil de dépistage de la criminalité, est nécessaire si l'on veut

⁹ *Megan's Law*, New Jersey Statute Ann. 2C :7-1-7-11 (1994).

¹⁰ *Code criminel*, L.R.C., 1985, ch. C-46.

assurer la protection de la société et, plus particulièrement, des enfants. À cet égard, la Secrétaire parlementaire du Solliciteur général du Canada a affirmé :

Ce qui importe par-dessus tout, c'est que ces éléments combinés créent un nouvel instrument fort utile à la police pour enquêter sur les infractions sexuelles dont l'auteur est inconnu. Il permettra à celle-ci de consulter rapidement le registre, d'en fouiller le contenu à l'aide de critères déterminés et de repérer de possibles suspects à proximité du lieu du crime.

Je prends bien soin de préciser que la police pourra procéder avec rapidité, car c'est l'essence même du système. La police reconnaît qu'elle a très peu de temps pour agir dans les cas de rapt d'enfant. Lorsqu'un enfant est enlevé, généralement pour être soumis à des sévices sexuels, puis tué, la fin tragique survient habituellement quelques heures après le rapt¹¹.

Ces propos, combinés à un examen attentif du cadre juridique du système de fichage établi par la *LERDS**, ont donné lieu à la formulation de notre première question de recherche – étudiée dans la première partie de notre mémoire. Nous formulons cette question ainsi : malgré les effets incontestablement dévastateurs de la délinquance sexuelle sur les victimes, le traitement indifférencié des contrevenants sexuels par un fichage généralisé est-il justifié? Et ce fichage généralisé répond-il adéquatement aux objectifs de sécurité publique qu'il est censé assumer?

Cette question de recherche a déjà fait l'objet de plusieurs analyses aux États-Unis qui ont notamment porté sur les *Megan's Laws*. Nous nous sommes d'ailleurs inspirée de cette documentation américaine comme point de départ de notre examen de la situation canadienne. À cet égard, nous citons immédiatement le point de vue du professeur américain Eric S. Janus qui démontre l'importance de l'appréciation du risque de récidive

¹¹ CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., 21 février 2003, « Initiatives ministérielles. Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels », p. 1010 (Mme Marlene Jennings).

criminelle, une question déterminante dans l'établissement d'un système de fichage de la délinquance sexuelle :

Of course, to be at all effective these laws would need to be able to distinguish the “worst of the worst” before they commit their next offense, and this problem of prediction was much more intractable than knowing after the fact whom we wished we had locked up.

[...] After all, the “worst of the worst” assumes that we can differentiate among the “worst”, picking out for intervention a particular subgroup that poses a particularly severe risk. Accurate risk assessment is critical. The most obvious concern is a system that misses truly dangerous individuals, with the possible result of preventable sexual assaults. But the opposite problem – overestimating risk – is equally a concern. Prevention resources are expensive; accurate assessment helps policymakers ensure that the most expensive interventions – civil commitment and prison – are directed only at the most risky. Overprediction of dangerousness can result in a misallocation of resources. In the same vein, public notification schemes are effective only to the extent that they provide useful information that people can act on. Databases with tens of thousands of names, with no calibration of risk differences, provide scant guidance for action.¹²

À la lumière de ces propos, nous formulons une première hypothèse dans la première partie du mémoire : le fichage canadien de la délinquance sexuelle procède sur la base d'un traitement indifférencié de la délinquance sexuelle sans égard au risque réel de récidive criminelle que présenteraient ces criminels en réalité. Cette stratégie de fichage généralisé fait appel au droit pénal préventif et à une théorie connue sous le label « société du risque ». Par ailleurs, le droit pénal préventif endosse une conception moraliste du risque de récidive criminelle au détriment d'une vision réaliste de ce risque. Par conséquent, les impératifs de sécurité publique dévolus au fichage de la délinquance sexuelle ne sont pas nécessairement atteints par ce type de législation.

¹² Eric S. JANUS, *Failure to Protect : America's Sexual Predator Laws and the Rise of the Preventive State*, Ithaca, Cornell University Press, 2006, p. 55.

La théorie de la société du risque nous vient du sociologue allemand Ulrich Beck¹³. Il soutient que la logique ayant présidé à la répartition des richesses au cours de l'ère industrielle aurait été remplacée à l'époque moderne par une logique de répartition du risque. Le professeur Beck explique ce qui suit :

Pour formuler cela schématiquement, on observe dans ces deux types de sociétés modernes des systèmes de valeurs radicalement différents. Les sociétés de classes restent attachées, dans la dynamique de leur évolution, à l'idéal de l'*égalité* (auquel on peut donner diverses formulations, qui vont de l'« égalité des chances » aux variantes des modèles de la société socialiste). La situation est différente dans le cas de la société du risque. Son contre-projet normatif, qui en est le fondement et le moteur, est la notion de *sécurité*. Le système de valeur de la société « sans sécurité » vient se substituer au système de valeur de la société « inégale ». Tandis que l'utopie de l'égalité est riche d'une quantité d'objectifs de transformations sociales à contenu *positif*, l'utopie de la sécurité reste singulièrement *négative* et *défensive* : au fond, il ne s'agit plus d'atteindre quelque chose de « bien », mais simplement d'empêcher que ne se produise le pire. Le rêve de la société de classes est le suivant : tous veulent et doivent *avoir leur part* du gâteau. L'objectif que poursuit la société du risque est différent : tous doivent être épargnés par ce qui est toxique.

[...] Dans la société de classes, la force motrice se résume en une phrase : *J'ai faim!* Le mouvement qui est mis en branle dans la société du risque s'exprime, lui, dans la formule suivante : *J'ai peur!* La *communauté de peur* vient se substituer à la *communauté de misère*. En ce sens, la société du risque est caractéristique d'une époque sociale où se forge une *solidarité dans la peur*, laquelle devient une force politique¹⁴.

[Italiques dans l'original.]

Appliquée au champ pénal, cette théorie permet d'expliquer l'élaboration de certaines normes pénales, comme celles qui découlent de la *LERDS**. Nous examinerons

¹³ Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Champs Flammarion, 2008.

¹⁴ *Id.*, p. 89-90.

également la théorie des professeurs américains Malcolm Feeley et Jonathan Simon sur l'orientation nouvelle de la pénologie¹⁵. Ces auteurs – dont la thèse n'est pas étrangère à celle de la société du risque d'Ulrick Beck – proposent une grille de lecture des tendances observables aux États-Unis avec les politiques répressives néolibérales en faveur du *law and order*¹⁶. D'après eux, on assisterait au passage d'un *sentencing* axé sur l'individu à une pénologie ciblant la gestion des groupes à risque par la répression et la punition. Désormais, le risque serait d'ailleurs considéré comme étant normal dans la société¹⁷. Cette nouvelle tendance reposerait sur une justice dite « actuarielle ». Cette notion se définit selon trois facteurs : (1) la peine est proportionnelle au risque de récidive criminelle, (2) la peine vise à neutraliser ce risque, et ce, (3) dans une perspective d'efficacité du système à gérer ce risque (et non plus dans une perspective d'efficacité du système à réhabiliter le délinquant)¹⁸.

Pour vérifier notre première hypothèse, notre stratégie sera à deux volets. Dans un premier temps, nous ferons un examen approfondi du cadre juridique du fichage de la délinquance sexuelle au Canada en confrontant la loi aux données issues des sciences humaines et sociales. Nous constaterons que le fichage a une portée extensive qui découle de deux caractéristiques de la *LERDS**, soit d'une part l'étendue de son application à presque tous les crimes sexuels sans égard aux caractéristiques des contrevenants et, d'autre

¹⁵ Malcolm M. FEELEY et Jonathan SIMON, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », (1992) 30 *Criminology* 449; Malcolm M. FEELEY et Jonathan SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law » dans David NELKEN (éd.), *The Futures of Criminology*, Sage Publications Ltd, London, 1994, p. 173.

¹⁶ Philippe MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice 'actuarielle' en Europe? », (2001) 35 *Déviance et société* 33, 34.

¹⁷ M. FEELEY et J. SIMON, préc., note 15, et P. MARY, *id.*, 35.

¹⁸ Voir à cet égard le résumé de P. O'MALLEY, préc., note 2, 328. Par ailleurs, soulignons que le sens de la notion « justice actuarielle » est nébuleux. Feeley et Simon l'admettent eux-mêmes et expliquent ce qui suit :

Actuarial justice is nebulous, but it is significant. Actuarial justice involves how we conceive of and talk about crime policy, but it is not an ideology in the narrow sense of a set of beliefs and ideas which constrain action. It involves practices, but is not reducible to a specific technology or set of behaviours. Indeed it is powerful and significant precisely because it lacks a well-articulated ideology and identification with a specific technology.

M. FEELEY et J. SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law », préc., note 15, à la page 174.

part, le peu d'importance du critère du risque réel de récidive criminelle que présentent les délinquants. Nous présenterons les données relatives à la délinquance sexuelle qui font consensus au sein des sciences sociales et humaines. Nous serons alors en mesure de démontrer que le législateur, dans son désir de protéger le public de la délinquance sexuelle, a amplifié et exagéré les justifications qui ont présidé l'adoption de la *LERDS**, en particulier en ce qui concerne le pédophile et le prédateur sexuel.

Dans un deuxième temps, nous examinerons la chronologie des événements qui ont donné lieu au fichage au Canada. Ce sera alors l'occasion de traiter des influences et initiatives déterminantes pour l'élaboration et la mise en vigueur de la *LERDS**. On peut dire immédiatement que le fichage est né à la suite d'événements tragiques qui ont soulevé l'indignation populaire – participant ainsi à un climat de peur¹⁹ ou d'hypersensibilité au danger²⁰ que présentent le pédophile et le prédateur sexuel. Nous verrons également que le fichage au Canada donne lieu à un fichage polycentrique dans certaines provinces. Enfin, nous examinerons en détail le mécanisme de fichage instauré par la *LERDS**.

Cette stratégie de vérification à deux volets nous permettra de formuler une conclusion quant à notre première hypothèse. En effet, notre étude suggère que la *LERDS**, en étant foncièrement axée sur un impératif de sécurité publique et en faisant une gestion grossière et imparfaite du risque de récidive criminelle, constitue l'expression politique de la communauté de peur à laquelle réfère Beck. Elle s'inscrit du reste dans l'émergence de cette nouvelle conception pénologique.

Dans notre second titre, nous ferons une analyse critique de la jurisprudence sur le fichage. En raison de ses liens étroits avec la peine, le fichage constitue à notre avis une

¹⁹ U. BECK, préc., note 13.

²⁰ Hélène DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? Conversation imaginée sur l'émergence des normes pénales avec Andrée Lajoie », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, p. 807, à la p. 843 (« La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? »).

forme de châtement postmoderne qui est facilitée par l'informatisation des banques de données. Par ailleurs, on aurait pu s'attendre à ce que les tribunaux aient reconnu qu'en raison de la gestion du risque criminelle que présente la criminalité sexuelle, le fichage réponde à un objectif pénologique valable et constitue une peine. Or, les tribunaux supérieurs d'ici et d'ailleurs ont plutôt conclu que le fichage de la délinquance sexuelle ne constitue pas une peine²¹. C'est la singularité de cette conclusion qui a suscité notre intérêt et motivé notre seconde hypothèse de recherche selon laquelle le fichage de la délinquance sexuelle est une peine, puisqu'il en a toutes les caractéristiques juridiques et fondamentales.

À cet égard, nous désirons dissiper toute ambiguïté terminologique et distinguer immédiatement les notions de « sentence » et de « peine » qui sont fondamentales à notre étude. Par sentence, nous entendons « la détermination judiciaire d'une sanction légale devant être imposée à une personne trouvée coupable d'une infraction »²². En ce sens, la sentence peut être utilisée comme un synonyme à la détermination de la peine, à savoir « le processus judiciaire décisionnel qui conduit au choix d'une sanction pénale appropriée au contrevenant et à son geste criminel »²³. Enfin, la notion de sentence englobe une idée d'obligation ou de coercition imposées par le juge, mais également une idée renvoyant à la peine ou à la punition en tant qu'institution punitive²⁴. Quant à la notion de « peine », elle est juridiquement définie comme étant « l'imposition d'une privation sévère à toute

²¹ Au Canada, la Cour suprême n'a pas examiné la question de la détermination de la nature du fichage de la délinquance sexuelle, mais des Cours d'appel l'ont fait : *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée : [2006] 2 R.C.S. vi); *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée : [2006] 2 R.C.S. x); *R. c. Asselin*, 2009 QCCA 188, *Thériault c. R.*, 2009 QCCA 185, *Morin c. R.*, 2009 QCCA 187 et *Turgeon c. R.*, 2009 QCCA 186. La Cour suprême des États-Unis est parvenue à une conclusion similaire dans *Smith v. Doe*, (2003) 538 U.S. 84. Par ailleurs, soulignons que la jurisprudence américaine sur la nature et la constitutionnalité du fichage est importante, mais son analyse déborderait la présente étude.

²² CANADA, MINISTRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES CANADA, *Réformer la sentence. Une approche canadienne. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, 1987, p. 126 (« Commission Archambault »).

²³ Hélène DUMONT, *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993, p. 101 (« Pénologie »).

²⁴ Commission Archambault, préc., note 22, p. 126.

personne trouvée coupable d'un acte criminel »²⁵. Les institutions punitives que le *Code criminel* connaît sont par exemple l'emprisonnement, l'amende, la probation et la condamnation avec sursis. Dans des temps anciens, on pratiquait l'exil, la déportation, les châtiments corporels comme laissant sur le corps des condamnés un « stigmate de la criminalité »²⁶. Pour nos propos, le fichage constitue le « fer rouge » de la postmodernité. Le fichage de la délinquance sexuelle, postulons-nous, répond à une définition juridique et actuelle de la peine. Et lorsque cette peine est imposée par un tribunal, le fichage constitue une sentence.

Pour vérifier cette deuxième hypothèse, nous nous intéresserons essentiellement aux problèmes juridiques découlant du caractère polycentrique du fichage de la délinquance sexuelle au Canada. Notre stratégie sera à deux volets. Dans un premier temps, nous aborderons les enjeux juridiques soulevés par le fichage provincial : partage des compétences, nature véritable du fichage provincial et garanties procédurales seront autant de thèmes étudiés. Nous constaterons alors que la décision provinciale de fichage emporte de véritables conséquences pénales et affecte les droits fondamentaux des délinquants sexuels, deux caractéristiques qui élèvent ce fichage au rang de la justice pénale administrative, ce qui requiert le respect des principes de justice fondamentale. Dans un deuxième temps, nous étudierons les préoccupations juridiques révélées par un examen du régime fédéral, tant dans l'ancienne que dans l'actuelle version de la *LERDS*. Nous nous attarderons alors à la question de la compétence du Parlement fédéral en matière criminelle, à l'examen de la nature véritablement pénale du fichage fédéral (qui nécessite le respect des garanties judiciaires et constitutionnelles propres à la peine) et aux conséquences de la déqualification du fichage fédéral du champ de la peine sur les principes fondamentaux du *sentencing* canadien.

²⁵ *Id.*, p. 119.

²⁶ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 557-558, et Hélène DUMONT, « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », dans POUPART, A. (dir.), *Les journées Maximilien-Caron : Le respect de la vie privée dans l'entreprise*, Montréal, Thémis, 1995, p. 107, à la p. 114.

Une de nos positions est d'entrée de jeu annoncée relativement à notre seconde hypothèse de recherche : le fichage constitue une peine, même si les tribunaux supérieurs ne partagent pas notre point de vue. Nous pouvons également affirmer qu'il y a peu à peu une érosion des grands principes fondamentaux relatifs à la peine au profit d'une répression punitive plus insidieuse et diffuse. Bref, le droit pénal devient caméléon et se fait plus envahissant afin de gérer le risque associé à la délinquance sexuelle. Cette stratégie est par ailleurs préoccupante, car l'exclusion du fichage de la délinquance sexuelle du domaine pénal entraîne une érosion et une dévaluation des principes de droit fondamentaux. Pour y arriver, le fichage est déqualifié au titre de peine et devient un inconvénient de nature administrative et/ou de nature civile, ce qui a pour conséquence la non-application des principes généraux et constitutionnels relatifs aux peines à la « technique juridique » du fichage de la délinquance sexuelle.

Chapitre 1 : Le fichage de la délinquance sexuelle

1.1. Le cadre juridique du fichage de la délinquance sexuelle à partir des données des sciences humaines et sociales

1.1.1. Portrait abrégé du fichage fédéral canadien

1.1.1.1. Le délinquant visé par le fichage

Avec la *LERDS**, le législateur a adopté la stratégie de pouvoir astreindre à une ordonnance de fichage toute personne coupable de l'une quelconque des infractions énumérées dans cette loi postérieurement à la peine imposée. L'assujettissement au fichage concerne même des délinquants non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux. Cette nouvelle stigmatisation de la délinquance sexuelle constitue un signe du déclin de l'idéal de réhabilitation et de réinsertion sociale – ou, de manière plus générale, un symptôme que la peine est en mutation et devient plus intrusive. En effet, ceux en faveur du fichage des irresponsables considèrent néanmoins qu'ils sont dangereux et que, malgré les traitements appropriés, ils présenteront un danger dans le futur. La *LERDS** sur ce thème copie le régime des empreintes génétiques²⁷. En incluant les personnes non criminellement responsables dans la politique du fichage, les frontières du Registre national sur les délinquants sexuels deviennent plus floues²⁸. Dans ce droit pénal préventif, c'est la neutralisation de l'état dangereux sans égard à la culpabilité du contrevenant qui importe.

Les crimes donnant ouverture au fichage sont généralement qualifiés d'*infractions désignées*. À cet égard, la *LERDS** n'a pas innové, puisque le concept d'infraction désignée constituait déjà également le procédé par lequel on effectue des analyses génétiques

²⁷ Art. 487.051(3) *C.cr.* et *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37.

²⁸ Martin DUFRESNE et Dominique ROBERT, « Les effets de vérité du discours de l'ADN pénal au Canada », (2008) 41 *Criminologie* 83, 92.

coercitives à des fins légales²⁹. La partie XXIV concernant les délinquants dangereux et à contrôler emploie cette même stratégie³⁰. Les infractions désignées dans chacun de ces cas ne sont pas tout à fait les mêmes, mais il n'est pas rare qu'un même délinquant fasse l'objet d'une ordonnance de prélèvement génétique et d'une ordonnance de fichage. Ce cumul d'ordonnances témoigne d'un accroissement du droit pénal préventif et la protection du public devient la finalité primordiale de la répression pénale au détriment de la justice punitive individualisée. Du même coup, certaines garanties fondamentales, comme le droit à la liberté ou à l'inviolabilité de sa personne, sont reléguées au second rang au profit de la sécurité collective et de la neutralisation de tout hypothétique danger.

Dans le cas du fichage, les infractions désignées sont énumérées à l'art. 490.011 *C.cr. En vertu de l'alinéa 490.011(1)a) *C.cr., elles comprennent les atteintes et abus à l'égard des enfants par un citoyen canadien ou résident permanent³¹, le contact sexuel³², l'incitation à des contacts sexuels³³, l'exploitation sexuelle³⁴, l'exploitation d'une personne handicapée à des fins sexuelles³⁵, l'inceste³⁶, la bestialité en présence d'enfant ou l'incitation de ceux-ci³⁷, la pornographie juvénile³⁸, les situations où un père, une mère ou un tuteur sert d'entremetteur³⁹, le leurre au moyen d'un ordinateur⁴⁰, l'exhibitionnisme⁴¹, la stupéfaction ou la subjugation pour avoir des rapports sexuels⁴², le proxénétisme⁴³, la

²⁹ Art. 487.04 C.cr.

³⁰ Art. 752 C.cr.

³¹ Art. 7(4) C.cr.

³² Art. 151 C.cr.

³³ Art. 152 C.cr.

³⁴ Art. 153 C.cr.

³⁵ Art. 153.1 C.cr.

³⁶ Art. 155 C.cr.

³⁷ Art. 160(3) C.cr.

³⁸ Art. 163.1 C.cr.

³⁹ Art. 170 C.cr.

⁴⁰ Art. 172.1 C.cr.

⁴¹ Art. 173(2) C.cr.

⁴² Art. 212(1)i) C.cr.

⁴³ Dans ce cas, les situations sont limitées à celle où le proxénète vit des produits de la prostitution d'une personne âgée de moins de dix-huit ans, et ce, selon le cas prévu soit à l'art. 212(2) ou 212(2.1) C.cr.

prostitution d'une personne âgée de moins de dix-huit ans⁴⁴, l'agression sexuelle sous toutes ses formes⁴⁵ et le passage d'un enfant à l'étranger⁴⁶. Le concept d'infraction désignée englobe également, en vertu des alinéas 490.011(1)c), c.1) et d) **C.cr.*, des infractions abrogées dont le viol, l'attentat à la pudeur et la grossière indécence qui peuvent être utilisées encore lorsque la poursuite survient longtemps après les faits. De même, en vertu de l'alinéa 490.011(1)e) **C.cr.* la tentative ou le complot de commettre l'un des crimes énumérés font également partie des infractions désignées.

Certaines infractions de nature non sexuelle sont également des infractions désignées en vertu de l'alinéa 490.011(1)b) **C.cr.* En effet, des infractions contre les biens, contre la personne ou les bonnes mœurs sont prévues; elles se qualifient au titre d'infraction désignée si elles ont été perpétrées avec l'intention de commettre une infraction de nature sexuelle énumérée aux autres alinéas de l'art. 490.011(1) **C.cr.* Ces infractions comprennent les actions indécentes⁴⁷, l'intrusion de nuit⁴⁸, le meurtre par interprétation⁴⁹, l'homicide involontaire coupable⁵⁰, le fait de vaincre la résistance d'une victime lors de la perpétration d'une infraction⁵¹, le harcèlement criminel⁵², l'enlèvement⁵³, la traite des personnes⁵⁴, l'enlèvement d'une personne âgée de moins de seize ans⁵⁵, l'enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans⁵⁶ et les infractions d'introduction par effraction⁵⁷.

⁴⁴ Art. 212(4) *C.cr.*

⁴⁵ Art. 271, 272, 273(2)a), 273(2)a.1) et 273(2)b) *C.cr.*

⁴⁶ Art. 273.3(2) *C.cr.*

⁴⁷ Art. 173(1) *C.cr.*

⁴⁸ Art. 177 *C.cr.*

⁴⁹ Art. 230 *C.cr.*

⁵⁰ Art. 234 *C.cr.*

⁵¹ Art. 246b) *C.cr.*

⁵² Art. 264 *C.cr.*

⁵³ Art. 279 *C.cr.*

⁵⁴ Art. 279.01 *C.cr.*

⁵⁵ Art. 280 *C.cr.*

⁵⁶ Art. 281 *C.cr.*

⁵⁷ Art. 348(1) *C.cr.*

L'infraction désignée peut également être constituée de la tentative ou du complot de commettre l'une de ces infractions.

Les nombreuses infractions désignées donnant ouverture au fichage lui confèrent une large portée. Il résulte de la condamnation pour n'importe quelle infraction de nature sexuelle, en particulier pour une infraction commise à l'égard d'un enfant. Par contre, le fichage ne résulte pas de certaines infractions sexuelles, comme la prostitution ou le proxénétisme lorsque celles-ci ne mettent pas en cause des enfants de moins de dix-huit ans⁵⁸, ni de crimes reliés à une maison de débauche⁵⁹, à la nudité⁶⁰, à la corruption d'enfants⁶¹ et au voyeurisme⁶². La loi comme la jurisprudence n'expliquent pas les raisons qui président à l'inclusion ou à l'exclusion d'un crime dans le groupe des infractions désignées. Il est par ailleurs difficile de justifier l'exclusion actuelle de certains crimes si l'on considère que l'exhibitionnisme par exemple est inclus, mais que le voyeurisme ne l'est pas. Pourtant, ces infractions semblent avoir un impact moral équivalent sur une victime. De plus, l'exhibitionnisme comme le voyeurisme sont des paraphilies reconnues par le DSM-IV-TR⁶³, comme la pédophilie d'ailleurs. La logique sous-jacente à l'énumération sélective des infractions désignées de la *LERDS** présente des incohérences difficiles à expliquer au plan rationnel et scientifique.

Les infractions qui sont désignées à l'art. 490.011 **C.cr.* ne distinguent pas entre les prédateurs sexuels choisissant une victime au hasard et les délinquants qui commettent un

⁵⁸ Art. 212(1) et art. 213 *C.cr.* Seule la stupéfaction ou la subjugation pour avoir des rapports sexuels prévue par l'alinéa 212(1)i) *C.cr.* est une infraction désignée, et ce, qu'elle soit commise à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans ou d'une personne adulte.

⁵⁹ Art. 210 et 211 *C.cr.*

⁶⁰ Art. 174 *C.cr.*

⁶¹ Art. 172 *C.cr.*

⁶² Art. 162 *C.cr.*

⁶³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders : DSM-IV-TR*, 4^e éd., Washington (DC), American Psychiatric Association, 2000. Le DSM-IV-TR est une publication de l'American Psychiatric Association qui fournit des critères permettant le diagnostic et la classification des maladies mentales. Il est utilisé aux États-Unis et dans plusieurs autres pays, dont le Canada.

crime sexuel dans un contexte familial ou d'opportunité. Des tribunaux d'appel ont d'ailleurs conclu que le fichage n'était pas limité aux situations impliquant seulement un prédateur sexuel⁶⁴. Par conséquent, aux fins du fichage, il n'est pas utile de distinguer entre les contrevenants sexuels et le contexte de leur crime, puisque c'est le crime objectif qui donne ouverture au fichage. Pourtant, les liens entre la victime et son agresseur, de même que le contexte de l'infraction sont d'une pertinence importante pour évaluer le risque de récidive d'un point de vue criminologique. Il y a des différences significatives entre l'agresseur sexuel qui ne connaît pas sa victime et la choisit au hasard et, par exemple, l'incestueux agissant dans un contexte d'opportunité. Si ce contexte d'opportunité disparaît, l'incestueux réduit considérablement son risque de récidive⁶⁵. Comment expliquer alors que la *LERDS** s'applique indistinctement à ces deux catégories de contrevenant et leur réserve de surcroît une stigmatisation similaire⁶⁶? À notre avis, le fichage général de diverses catégories de délinquance sexuelle repose sur une prémisse fausse, à savoir que *tous* les délinquants sexuels présentent un risque de récidive réel et identique. Cette inférence indifférenciée entre les contrevenants sexuels donne néanmoins lieu à un fichage extensif des contrevenants, sans discussion. Le risque de récidive opère comme un postulat de départ.

⁶⁴ *R. v. Y.(B.T.)*, 2006 BCCA 331, *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, au par. 77.

⁶⁵ Andrew J.R. HARRIS et R. Karl HANSON, *Sex Offender Recidivism : A Simple Question*, Ottawa, Public Safety Canada, 2004, p. 8.

⁶⁶ Prenons l'exemple d'un passage à l'acte en milieu familial qui entraîne une déclaration de culpabilité pour un chef d'inceste, dont la peine maximale d'emprisonnement prévue par le *Code* est de 14 ans (art. 155(2) *C.cr.*), et d'un passage à l'acte dans un contexte où la victime est étrangère à son agresseur qui entraîne une déclaration de culpabilité pour un chef d'agression sexuelle armée, dont la peine maximale d'emprisonnement prévue par le *Code* est également de quatorze ans et la peine minimale, de quatre ans (art. 272(2)a.1 *C.cr.*). En application des art. 490.012(3) et 490.013(2)b) *C.cr.*, étant donné que ces infractions sont passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de quatorze ans, les deux situations devront être traitées de la même manière par le juge du fichage, qui devra émettre une ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels d'une durée de vingt ans.

1.1.1.2. La *LERDS** et le risque de récidive criminelle

À la lecture des dispositions de la *LERDS** intégrées au *Code criminel*, un constat s'impose : le législateur canadien n'a pas voulu que l'appréciation du risque de récidive soit le critère déterminant qui donne ouverture à l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels. Par conséquent, le mécanisme de fichage retenu procède d'abord sur une base objective, sur constatation que l'infraction désignée a été commise. En effet, sur demande du poursuivant et dès que possible après le prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux⁶⁷, le juge est tenu d'émettre une ordonnance d'enregistrement.

Le délinquant peut toutefois formuler une demande d'être exempté du régime et faire valoir une considération personnelle. Dans un tel cas, le délinquant doit prouver selon la balance des probabilités⁶⁸ que l'ordonnance aurait à son égard un effet nettement démesuré sur sa personne par rapport à l'intérêt public au fichage⁶⁹. Pour satisfaire à son fardeau de preuve, il peut notamment commenter et expliquer le faible risque de récidive qu'il présente⁷⁰. La décision d'exempter ou non le délinquant de son obligation

⁶⁷ Art. 490.012 *C.cr.*

⁶⁸ On reconnaît que ce fardeau est toutefois assez lourd. Voir par exemple les arrêts Thériault, Asselin, Morin et Turgeon, préc., note 21.

⁶⁹ Le libellé exact de l'ancien art. 490.012(4)* *C.cr.* est le suivant :

(4) Le tribunal n'est toutefois pas tenu de rendre l'ordonnance s'il est convaincu que l'intéressé a établi que celle-ci aurait à son égard, notamment sur sa vie privée ou sa liberté, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt que présente, pour la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle, l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels prévu par la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels.

⁷⁰ Il est important de préciser que le délinquant peut *généralement* faire intervenir le risque de récidive dans l'analyse. En effet, il existe deux courants jurisprudentiels à cet égard au Canada, l'un – celui de la Cour d'appel de l'Alberta – étant réticent à considérer la récidive et l'autre – celui retenu par la Cour d'appel du Québec, notamment – favorisant plutôt une approche individualisée. Nous présenterons ces deux courants de manière plus détaillée au chapitre 2, *infra*. Pour un résumé de ces approches, voir l'arrêt *R. v. T.C.*, 2009 SKCA 124, au par. 45.

d'enregistrement revient au juge, qui dispose d'une discrétion sur cette question. S'il décide de ne pas exempter le contrevenant du fichage, il doit émettre une ordonnance dont la durée est prévue par le *Code criminel*.

En effet, la durée de l'ordonnance prévue à l'art. 490.013 *C.cr.* est fonction de la gravité objective du crime⁷¹. Si l'infraction commise est poursuivie selon la procédure sommaire ou si elle est un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ou cinq ans, l'ordonnance prend fin dix ans après son émission. Si l'acte criminel est passible d'une peine maximale d'emprisonnement de dix ou quatorze ans, l'ordonnance s'éteint vingt ans après son émission. Si l'acte criminel est passible de l'emprisonnement à perpétuité, l'ordonnance est à perpétuité. De même, si le contrevenant est un récidiviste⁷², l'ordonnance s'applique aussi à perpétuité.

La durée de l'ordonnance d'enregistrement fondée sur la gravité du crime pose problème. En effet, on met de côté tout examen du degré de risque de récidive réel que présente le contrevenant. Le délinquant qui commet un crime de gravité objective moindre, comme celui reconnu coupable d'une infraction par procédure sommaire de leurre au moyen d'un ordinateur⁷³, pourrait très bien être plus à risque de récidive que le délinquant incestueux dont l'infraction est objectivement plus grave⁷⁴. Pourtant, dans le cas de l'incestueux, la durée de l'ordonnance est de vingt ans⁷⁵, tandis que dans l'autre cas, elle est de dix ans⁷⁶. Bref, le fait d'imposer des durées d'enregistrement sans égard aux caractéristiques personnelles du délinquant paraît rendre le processus plus objectif, mais

⁷¹ *R. v. S.M.*, 2005 NBCA 111; *R. v. Otcheek*, 2009 MBCA 88.

⁷² Un récidiviste comprend le délinquant qui a déjà fait l'objet d'une ordonnance en vertu du régime prospectif ou du régime rétrospectif (art. 490.013(3)(4)* *C.cr.*), ou qui a déjà commis une infraction désignée autre que celles de l'al. b) ou f) relatifs à ce que nous avons appelé les infractions désignées contre les biens, la personne ou les bonnes mœurs (art. 490.013(5)* et 490.012(3)* *C.cr.*).

⁷³ En vertu de l'art. 172.1(2)b) *C.cr.*, la peine maximale dans ce cas est de dix-huit mois d'emprisonnement.

⁷⁴ En vertu de l'art. 155(2) *C.cr.*, la peine maximale dans cette situation est de quatorze ans d'emprisonnement.

⁷⁵ Par application de l'art. 490.013(2)b)* *C.cr.*

⁷⁶ Par application de l'art. 490.013(2)a)* *C.cr.*

rend en même temps le mécanisme d'enregistrement moins efficace. On répondra à cette critique en arguant que le *Code* prévoit la possibilité de demander la révocation de l'enregistrement après une certaine durée de l'ordonnance de fichage⁷⁷. À notre avis, la détermination de la durée aurait dû se faire à la première étape de la procédure et être l'objet de la discrétion judiciaire. La fixation d'une durée précise devrait être fondée sur une appréciation réaliste du risque de récidive que le délinquant présente. Cette façon de faire présenterait l'avantage de limiter temporellement l'enregistrement afin d'une part de ne pas astreindre le délinquant à des obligations exorbitantes et disproportionnées et d'autre part, de limiter les entrées au Registre aux seuls contrevenants présentant un risque véritable.

Le régime de fichage repose sur l'idée de sa généralisation à l'égard des contrevenants sexuels sans considération pour le risque de récidive qu'ils présentent ou non, et ce, sur la base objective que les contrevenants ont commis une quelconque infraction sexuelle. Il revient au délinquant de démontrer qu'il peut en être exempté. En d'autres termes, l'objectivité est la règle et l'appréciation subjective et individualisée, l'exception. Par ailleurs, cette imputation objective du fichage contraste avec le principe de l'individualisation de la peine et avec le principe de proportionnalité fondé sur la gravité du crime et le degré de responsabilité du contrevenant selon les articles 718 à 718.2 *C.cr.* Ce régime constitue sans contredit une dérogation aux principes fondamentaux du sentencing canadien. Bref, le fichage est organisé autour de principes dérogatoires aux règles d'imposition d'une peine.

Ce bref aperçu de la procédure judiciaire du fichage nous montre que le système est entièrement conçu sur le concept d'« infractions désignées » qui ne permet pas d'opérer une distinction entre les différents types de délinquance sexuelle selon les données des sciences humaines et sociales. Le postulat implicite à cet enregistrement de données veut que *tous*

⁷⁷ Art. 490.015* *C.cr.*

les contrevenants sexuels coupables ou non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux d'une infraction désignée présentent un risque ou un danger pour la société qui doit être contrecarré par le fichage pour assurer la protection de la société. L'appréciation du degré de risque n'est pas nécessaire *a priori*, puisque la durée de l'enregistrement des données concernant le délinquant est fixée par la loi. Les considérations subjectives et personnelles au contrevenant sont reléguées au second plan, ce qui permet au fichage d'être généralisé et extensif sans le soumettre aux critères de nécessité et de proportionnalité. Bref, on a donc favorisé l'efficacité administrative plutôt que l'application rigoureuse des principes d'imposition d'une peine.

À la lumière de ces constats, nous nous sommes demandée si la rationalité apparente et la rhétorique entourant ce régime législatif du fichage de la délinquance sexuelle étaient supportées par les données et les études émanant des sciences humaines et sociales.

1.1.2. Le délinquant sexuel vu à travers le prisme des sciences humaines et sociales

La délinquance sexuelle ne peut être décrite à partir d'un seul paradigme. On a affaire à une réalité multiple, à des phénomènes hétérogènes. Son étiologie est encore mal cernée. Les auteurs ne s'entendent pas sur un modèle ou des modèles de comportement permettant d'expliquer pourquoi une déviance sexuelle survient, comment elle se développe et évolue, et comment elle se traite⁷⁸. Bien qu'il soit nécessaire d'explorer les théories étiologiques expliquant des formes de délinquance sexuelle, cette question déborde le cadre de notre étude et de notre expertise. Par conséquent, nous relevons de la

⁷⁸ Sur ce thème : Tony WARD, Devon L.L. POLASCHEK et Anthony R. BEECH, *Theories of Sexual Offending*, West Sussex, John Wiley & Sons, 2006.

documentation des sciences humaines et sociales que les seules affirmations qui font consensus et qui alimentent notre réflexion juridique et réaliste. Nous nous attarderons d'abord à la description particulière de la pédophilie et ensuite aux mythes entourant la notion de « prédateur sexuel », car ces deux catégories de délinquance sexuelle sont prioritaires dans le droit pénal actuel et englobent indistinctement des contrevenants de tous genres. Nous ferons tout de même des considérations plus générales sur la délinquance sexuelle émanant des sciences humaines et sociales. Examinons maintenant ces deux catégories particulières de contrevenants sexuels cernées par la science et le droit.

1.1.2.1. Le pédophile

Au plan étymologique, le terme pédophilie vient du grec *paidos* et *philia*, ce qui signifie « amitié pour les enfants ». Ce terme est fréquemment employé par le public, les médias et les politiciens comme un synonyme de délinquance sexuelle générale à l'égard d'une personne mineure sans égard à l'infraction commise ou à l'âge de la victime. Cet usage abusif est toutefois incorrect du point de vue de la science, car la délinquance sexuelle à l'égard d'un mineur n'est pas nécessairement symptomatique d'une déviance ou d'une pathologie qualifiée de pédophilie⁷⁹.

En effet, du côté scientifique, le DSM-IV-TR classe la pédophilie parmi les paraphilies, lesquelles sont définies ainsi :

Les paraphilies sont caractérisées par des impulsions sexuelles, des fantasmes imaginatifs, ou des comportements survenant de

⁷⁹ Michael C. SETO, *Pedophilia and Sexual Offending Against Children. Theory, Assessment, and Intervention*, Washington, American Psychological Association, 2008, p. 4; Laura J. ZILNEY et Lisa Anne ZILNEY, *Perverts and Predators. The Making of Sexual Offending Laws*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2009, p. 102.

façon répétée et intense, qui impliquent des objets, activités ou situations inhabituels et sont à l'origine d'une souffrance subjective cliniquement significative ou d'une altération du fonctionnement social, professionnel ou dans d'autres domaines importants⁸⁰.

À titre indicatif, le DSM-IV-TR reconnaît sept autres paraphilies majeures comme pouvant être constitutives d'un trouble mental, à savoir l'exhibitionnisme, le sadisme sexuel, le voyeurisme, le fétichisme, le frotteurisme, le masochisme sexuel et le travestissement fétichiste.

Le DSM-IV-TR circonscrit la pédophilie à l'activité sexuelle avec un enfant impubère, c'est-à-dire avec un enfant âgé généralement de 13 ans ou moins. Le pédophile doit cependant avoir au moins 16 ans et avoir 5 ans de plus que l'enfant impubère⁸¹. Les critères diagnostiques de la pédophilie sont les suivants :

- A. Présence de fantasmes imaginatifs sexuellement excitantes, d'impulsions sexuelles, ou de comportements survenant de façon répétée et intense, pendant une période d'au moins 6 mois, impliquant une activité sexuelle avec un enfant ou des enfants prépubères (généralement âgés de 13 ans ou plus jeunes);
- B. La personne a cédé à ces impulsions sexuelles, ou les impulsions sexuelles ou les fantasmes imaginatifs sexuelles sont à l'origine d'un désarroi prononcé ou de difficultés interpersonnelles;
- C. Le sujet est âgé de 16 ans au moins et a au moins 5 ans de plus que l'enfant mentionné en A⁸².

En outre, le DSM-IV-TR précise que la pédophilie peut être exclusive (le sujet étant attiré uniquement par les enfants) ou non exclusive. Le diagnostic n'est pas prononcé

⁸⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, préc., note 63, p. 618.

⁸¹ *Id.*, p. 659.

⁸² *Id.*, p. 661.

lorsque le sujet est à la fin de l'adolescence et entretient des relations sexuelles avec un enfant de 12 ou 13 ans⁸³.

L'élément central de la définition de pédophilie concerne le statut impubère de la victime. Contrairement à l'âge du consentement sexuel qui varie d'une tradition juridique à une autre et qui est généralement fixé par la loi, l'American Psychiatric Association reconnaît que biologiquement, la puberté est synonyme de capacité de reproduction du corps humain. Comme l'on fixe généralement l'âge de la puberté vers 12 ou 13 ans, l'America Psychiatric Association retient cet élément déterminant dans sa définition de pédophilie. De même, une autre justification, celle-là socioculturelle, explique de retenir la puberté comme seule limite à la pédophilie. Historiquement, on a toujours considéré le fait d'être sexuellement attiré par des enfants impubères comme étant une situation de mésadaptation, puisque ce comportement sexuel ne peut pas mener à la reproduction⁸⁴. Or, le droit et le public en général semblent faire fi de ces critères lorsqu'il s'agit de circonscrire la pédophilie dans leurs définitions juridiques de crimes. Ce faisant, le concept juridique de pédophilie inclut des réalités qui ne sont pas reconnues dans la notion psychiatrique.

En effet, à la lumière de ces critères diagnostiques, ne sont pas considérés comme pédophiles les individus adultes qui se livrent à une activité sexuelle sur une personne pubère et adolescente. Pourtant, on réfère souvent et erronément à un tel individu comme étant un pédophile. Or, selon le cas, il peut plutôt s'agir d'un hébéphile, terme utilisé pour désigner l'attirance d'une personne envers un sujet ayant atteint la puberté (que l'on situe généralement vers 11 ou 12 à 14 ans), ou encore d'un éphébofile, expression réservée pour désigner le désir sexuel d'une personne envers un adolescent âgé entre 15 à 17⁸⁵. Dans

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Michael C. SETO, préc., note 79, p. 5.

⁸⁵ Ray BLANCHARD, Amy D. LYKINS, Diane WHERETT et al. « Pedophilia, Hebephilia, and the DSM-V », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 335, 336; sur l'hébéphilie, voir généralement Sophie DESJARDINS,

la littérature scientifique, ni l'hébéphilie ni l'éphébophilie ne sont considérées comme des psychopathologies concrétisant un trouble mental⁸⁶.

De même, un individu qui commet une agression sexuelle sur un enfant impubère n'est pas qualifié automatiquement de pédophile d'après les critères du DSM-IV-TR. En effet, pour que cet individu reçoive un tel diagnostic, il faut que l'individu expérimente un désarroi prononcé ou des difficultés interpersonnelles, et il ne faut pas qu'il s'agisse d'un comportement ponctuel ou isolé. Ainsi, pour la psychiatrie, les individus qui sont reconnus coupables d'un seul crime de nature sexuelle impliquant un enfant impubère ne sont pas tous des pédophiles. Dans bien des cas, il peut s'agir d'un acte délictuel isolé et le délinquant, stigmatisé par la condamnation criminelle, ne récidivera pas⁸⁷. Dans une telle situation, la pertinence du fichage est sujette à discussion.

En outre, il existe divers types de comportement pédophile. Plusieurs études ont d'ailleurs démontré que chaque comportement présentait un risque de récidive différent. En effet, lorsque la pédophilie est exclusive et comporte une préférence pour les jeunes garçons impubères, le risque de récidive sur une période de cinq ans est nettement plus élevé (23 %). S'il s'agit d'une pédophilie mettant uniquement en cause les jeunes filles impubères (9 %) ou s'il s'agit d'une relation incestueuse (6 %)⁸⁸, le risque de récidive est moindre. Ces données méritent considération et alimentent l'opinion que l'on dépense

Étude et évaluation de l'hébéphilie comme catégorie distincte d'agresseurs sexuels, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2006.

⁸⁶ Dans le cas de l'hébéphilie, il existe actuellement un débat à savoir si l'on doit l'inclure au DSM-V, qui viendra éventuellement remplacer le DSM-IV-TR : *Id.*, voir également Gregory DECUE, « Should Hebephilia be a Mental Disorder? A Reply to Blanchard et al. (2008) », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 317. Pour avoir une idée de la transformation proposée avec le DSM-V : American Psychiatric Association, « Proposed Revision – APA DSM-V », en ligne : <http://www.dsm5.org/ProposedRevisions/Pages/proposedrevision.aspx?rid=186> (consulté le 21 avril 2011); William O'DONOHUE, « A Critique of the Proposed DSM-V Diagnosis of Pedophilia », (2010) 39 *Archives of Sexual Behavior* 587.

⁸⁷ Ceci est d'ailleurs appuyé par les études réalisées sur le risque de récidive (que nous présenterons *infra*) qui confirment que la majorité des délinquants sexuels ne récidivent pas.

⁸⁸ A. J.R. HARRIS et R. K. HANSON, préc., note 65, p. 8.

temps, énergie et ressources inutilement en favorisant le fichage de tous les contrevenants sexuels englobés dans la notion juridique de pédophilie :

The variation in recidivism rates suggests that not all sex offenders should be treated the same. Within the correctional literature it is well known that the most effective use of correctional resources targets truly high-risk offenders and applies lower levels of resources to lower risk offenders (Andrews & Bonta, 2003). The greater the assessed risk, the higher the levels of intervention and supervision; the lower the assessed risk, the lower the levels of intervention and supervision. Research has even suggested that offenders may actually be made worse by the imposition of higher levels of treatment and supervision than is warranted given their risk level (Andrews & Bonta, 2003). Consequently, blanket policies that treat all sexual offenders as “high risk” waste resources by over-supervising lower risk offenders and risk diverting resources from the truly high-risk offenders who could benefit from increased supervision and human service.⁸⁹

[Nos soulignements.]

Considérant les variations de risque de récidive que présentent les différents types de pédophilie, la logique objective sous-jacente à la *LERDS** semble génératrice non seulement de coûts inutiles, mais peut aussi neutraliser l’objectif de protection du public à la base du registre : trop d’individus sont fichés qui ne présentent peu ou très peu de danger d’agir criminellement à l’égard des enfants.

Prenons par exemple l’infraction de l’art. 163.1 *C.cr.* concernant la production, la distribution ou la possession de pornographie juvénile. La simple possession de pornographie juvénile peut être synonyme de pédophilie pour le public. Mais, en fait, la plupart des consommateurs de ce matériel pornographique ne sont ni pédophiles ni

⁸⁹ *Id.*, p. 12.

agresseurs d'enfants⁹⁰. Si l'on peut être d'accord pour incriminer la possession de ce matériel parce qu'il a fallu abuser d'enfants pour le produire, le fichage de tous les consommateurs de pornographie reste discutable. La science ne peut à l'heure actuelle établir de lien causal automatique entre la consommation de pornographie juvénile et des actes criminels de pédophilie. Par ailleurs, des études ont démontré que certains pédophiles, notamment ceux qui ont une préférence exclusive pour les jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille, consomment de la pornographie juvénile avant de commettre un crime sexuel⁹¹. Il s'ensuit que le fichage en tant qu'outil utile de dépistage a intérêt à être plus sélectif et ne pas inclure indûment les contrevenants qui ne présentent pas ou peu de risque de récidive ou qui sont réceptifs au traitement. À notre avis, si dans un très grand nombre de cas la consommation de pornographie juvénile par une personne n'est pas synonyme de pédophilie, la procédure de fichage devrait imposer au poursuivant le fardeau de preuve du risque de récidive criminelle. Or, selon le mécanisme actuel donnant lieu au fichage, le fardeau de la preuve incombe à l'accusé d'être exempté du fichage et le risque de récidive est un facteur parmi d'autres. Le poids accordé au risque de récidive est nettement insuffisant.

En somme, puisque l'une des justifications alléguées en faveur du fichage des délinquants sexuels est le risque associé aux pédophiles, la *LERDS** a une portée exagérée en ce qu'elle n'est aucunement fondée sur des critères réalistes de sélection basés sur les caractéristiques des agresseurs d'enfants. Elle traite tous les délinquants sexuels comme étant à haut risque de récidive.

⁹⁰ Francis FORTIN et Julie ROY, « Profil des consommateurs de pornographie juvénile arrêtés au Québec », (2006) 39 *Criminologie* 107, 113.

⁹¹ Jean PROULX, Christine PERREAULT et Marc OUMET, « Pathways in the Offending Process of Extrafamilial Sexual Child Molesters », (1999) 11 *Sexual Abuse : A Journal of Research & Treatment* 117.

1.1.2.2. Le prédateur sexuel

Dans l’imaginaire collectif, les crimes sexuels sont souvent imputés à un prédateur sexuel. Cet individu est généralement imaginé comme un pédophile qui rôde autour d’une école pour enlever un enfant, l’abuser sexuellement et le tuer. Ce serait un esclave de pulsions sexuelles incontrôlables, il serait un multirécidiviste qui recommencera dès qu’il en aura l’opportunité. C’est un criminel de carrière, un maniaque sexuel, un monstre, une bête⁹².

D’ailleurs, le discours et la rhétorique qui a précédé l’adoption de la *LERDS** s’appuient sur le concept imaginaire de « prédateur sexuel » pour justifier le fichage. On peut donc se demander si ce criminel imaginaire est à la source des crimes sexuels commis en réalité. Selon des études sur la délinquance sexuelle commise à l’endroit des enfants, le public, par médias interposés, généralise le crime qui en est un d’exception, celui du véritable prédateur sexuel. En fait, les crimes commis par un prédateur sexuel sont peu fréquents. Nous le démontrerons ci-après, études à l’appui.

Depuis les années 1970, le mouvement féministe s’est notamment intéressé à la délinquance sexuelle commise à l’endroit des enfants. La travailleuse sociale Florence Rush est souvent identifiée comme celle qui a initié la discussion sur le problème des abus commis à l’égard des enfants. Dans son ouvrage *The Best-Kept Secret – Sexual Abuse of Children*, elle attire l’attention sur les liens unissant le contrevenant et sa victime mineure :

There seems to be a consensus, however, that the offender is overwhelmingly male (from about 80 to 90 percent), that about 80 percent of the time he is a family relative or friend of the victim and her family, that actual incidents are grossly underreported and

⁹² Eric S. JANUS, préc., note 12, p. 2.

that offender behavior crosses all social, economic and racial lines. [...] And because the molester is also a friend of or relative of the family, even concerned adults cannot cope with him⁹³.

[Nos soulignements.]

En mettant l'accent sur le fait que la délinquance sexuelle à l'égard des enfants est souvent commise par un membre ou un proche de la famille, les féministes ont mis en lumière le problème des abus à l'encontre des enfants. En effet, l'attention grandissante accordée à ce phénomène a suscité une augmentation des dénonciations d'agressions sexuelles à l'égard d'enfants, ce qui à son tour, a contribué au développement d'études scientifiques et de préoccupations gouvernementales⁹⁴.

Ces études ont d'ailleurs établi que l'agresseur d'enfants est le plus souvent un membre ou un proche de la famille⁹⁵. Le prédateur sexuel, c'est-à-dire celui qui recherche un enfant au hasard, procède à son enlèvement et l'abuse sexuellement, est donc un agresseur atypique⁹⁶. Selon une étude de Statistique Canada, la majorité des 56 122 enfants portés disparus au Canada en 1996 concernait des adolescents en fugue (78 %). Moins de 1 % de ces disparitions résultait d'enlèvement. Dans ces cas d'enlèvement, la vaste majorité (409 enfants) supposait un enlèvement par un parent et seuls 45 cas supposaient un enlèvement par un étranger⁹⁷. On peut extrapoler de ces données que la criminalité sexuelle

⁹³ Florence RUSH, *The Best-Kept Secret. Sexual Abuse of Children*, 1980, New York, McGraw-Hill, p. 2.

⁹⁴ Philip JENKINS, *Moral Panic : Changing Concepts of the Child Molester in Modern America*, New Haven & London, Yale University Press, 1998, p. 129-130.

⁹⁵ John B. MURRAY, « Psychological Profile of Pedophiles and Child Molesters », (2000) 134 *The Journal of Psychology* 211, s'appuyant à ce sujet sur l'étude réalisée par D. FINKELHOR et al., *Sexual abuse in day care*, Newbury Park, Sage, 1989. Voir également : QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Statistiques 2007 sur les agressions sexuelles au Québec*, Québec, Direction de la prévention de la lutte contre la criminalité, gouvernement du Québec, septembre 2008, p. 34.

⁹⁶ E. S. JANUS, préc., note 12, p. 2.

⁹⁷ Bryan REINGOLD, « Enfants disparus et enlevés », (1998) 18 :2 *Juristat*, p. 3, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/bsoic/olc-cel/olc-cel?catno=85-002-X&chropt=1&lang=fra> (consulté le 20 avril 2011).

à l'égard d'enfants, comme les enlèvements d'enfants, est imputable à des membres de la famille de la victime. Or, les mesures législatives aménagées, comme la *LERDS**, sont souvent construites sur la supposée justification que le prédateur sexuel imaginaire constitue le danger criminel prioritaire à l'égard des enfants :

We again encounter a long-familiar paradox : although much evidence suggests that abuse is most likely to occur in the domestic or neighborhood setting, with family or neighbors as culprits, concepts of the problem place the blame on outside forces – on fiends and psychopaths, pedophiles and predators⁹⁸.

Il existerait donc une véritable distorsion de la réalité des abus criminels contre les enfants. Cette construction imaginaire propose en effet que tout contrevenant sexuel est un prédateur sexuel qui choisit sa victime au hasard.

Les médias contribuent à cette distorsion de la réalité. Même le journaliste professionnel et compétent va s'intéresser aux cas atypiques de délinquance sexuelle et de manière plus générale, aux crimes violents. Cette couverture des cas d'exception et l'accent mis sur la dénonciation des récidivistes ont contribué à l'érosion des politiques de réhabilitation⁹⁹. Ce faisant, les médias renforcent la croyance populaire que la société est exposée à un danger accru des *prédateurs sexuels* et perpétuent une méconnaissance publique du phénomène criminel. Les politiciens ont ainsi la tâche plus facile de s'adonner au populisme pénal¹⁰⁰. On entend par populisme pénal le « fait, pour le législateur, d'adopter une loi répressive dans le but de plaire à une frange de son électorat et

⁹⁸ P. JENKINS, préc., note 94, p. 236.

⁹⁹ Gray CAVENDER, « Media and Crime Policy : A Reconsideration of David Garland's The Culture of Control », (2004) 6 *Punishment & Society* 335, 340.

¹⁰⁰ Julian V. ROBERTS et al., *Penal Populism and Public Opinion. Lessons From Five Countries*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 61 à 75; Julie DESROSIERS et Dominique BERNIER, « Sexe, adolescence et populisme pénal... ou comment la différence d'âge est devenu un crime », (2009) 50 *C. de D.* 632.

d'augmenter son capital politique, sans égard à l'efficacité et aux effets projetés de cette loi »¹⁰¹.

La *LERDS** s'inscrit dans une stratégie politique qui vise à contrer deux dangers qui sont amplifiés politiquement et publiquement, à savoir ceux que présentent le pédophile et le prédateur sexuel. La loi investit dans le fichage d'un trop grand nombre de contrevenants sexuels qui présenteraient un véritable danger. Elle donne lieu à une mauvaise allocation des ressources et n'engendre pas de politique sérieuse de protection des enfants dans les contextes réels d'abus. Dans la mesure où il est raisonnable de se prémunir contre les risques criminels, la *LERDS** est un instrument très imparfait et qui fait une gestion irrationnelle et grossière des risques. On a vraiment affaire à une loi inspirée par le populisme pénal.

Comme la *LERDS** ne se limite pas à ficher les pédophiles et les prédateurs sexuels¹⁰² et cerne de façon plus large la délinquance sexuelle en général ou de façon indirecte, il convient de faire état de données générales sur la délinquance sexuelle émanant d'études des sciences humaines et sociales.

1.1.2.3. Le délinquant sexuel

Nous décrirons le phénomène à partir de quatre variables : le taux de criminalité, les victimes et les auteurs de la délinquance sexuelle, et la récidive. Nous nous rapporterons notamment à des études effectuées par Statistique Canada et à d'autres, plus spécialisées, venant d'experts en sciences humaines et sociales.

¹⁰¹ J. DESROSIERS et D. BERNIER, *id.* D'autres facteurs expliquent le populisme pénal, à savoir le retour de la droite démocratique, l'opportunisme politique, et les peurs, insécurités et anxiétés découlant des changements sociaux : J V. ROBERTS et al., *id.*

¹⁰² R. v. Y.(B.T.), préc., note 64; R. v. *Debidin*, préc., note 64.

1.1.2.3.1. Le taux de criminalisation

Le nombre d'affaires qui entraîne une déclaration de culpabilité relativement à un crime de nature sexuelle n'est pas nécessairement représentatif de la fréquence et de la nature de cette forme de criminalité. Statistique Canada a d'ailleurs recours à deux procédés complémentaires en plus du taux de criminalité pour décrire la délinquance sexuelle : les études de victimisation et l'information détenue par les corps policiers. D'abord, une *Enquête sociale générale* est menée tous les cinq ans auprès d'un échantillon de Canadiens et elle permet, au moyen d'un questionnaire particulier de victimisation, de s'intéresser aux expériences personnelles de la criminalité de la société en général. Environ 91 % des crimes sexuels ne seraient pas dénoncés à la police. À cet égard, l'*Enquête sociale générale* permet de prendre en compte des crimes sexuels (et autres) non dénoncés¹⁰³. Ensuite, le *Programme de déclaration uniforme de la criminalité* permet, grâce à une collaboration entre les services de police et le Centre canadien de la statistique juridique, de comptabiliser les affaires criminelles dont le bien-fondé a été établi par les services de police sans égard aux poursuites criminelles. Ce programme est notamment utile pour identifier la nature des infractions commises. En effet, les accusations qui sont portées par le procureur ne reflètent pas toujours les infractions réellement commises puisque certaines seront amoindries par la négociation de plaidoyers. Pour avoir un portrait complet de la nature des crimes et de la fréquence de la délinquance sexuelle, il faut tenir compte des données recueillies à l'aide de ces procédés complémentaires.

D'après des données recueillies dans le cadre de l'*Enquête sociale générale* de 2009, les agressions sexuelles représentent une faible proportion (8 %) des crimes violents

¹⁰³ Shannon BRENNAN et Andrea TAYLOR-BUTTS, « Les agressions sexuelles au Canada », (2008) *Juristat* 85F0033M n°19, p. 8, en ligne : http://www.statcan.gc.ca/access_acces/alternative_alternatif.action?l=fra&loc=/pub/85f0033m/85f0033m2008019-fra.pdf (consulté le 20 avril 2011).

qui sont commis dans la société canadienne, la fréquence de ces derniers étant d'ailleurs moindre (30 %) par rapport aux crimes contre les biens (70 %)¹⁰⁴. Si l'on examine le type d'agression sexuelle, selon le rapport *Les agressions sexuelles au Canada (2004 et 2007)* analysant les données recueillies dans le cadre de l'*Enquête sociale générale* menée en 2004 et du *Programme de déclaration uniforme de la criminalité* de 2007, les agressions sexuelles sont regroupées en quatre catégories :

Agression sexuelle de niveau 1 (art. 271) : Voies de fait commises dans des circonstances de nature sexuelle telles qu'il y a atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. L'agression sexuelle de niveau 1 ne cause pas ou presque pas de blessures corporelles à la victime.

Agression sexuelle de niveau 2 (art. 272) : Agression sexuelle armée, menaces ou infliction de lésions corporelles.

Agression sexuelle grave (niveau 3) : Agression qui blesse, mutilé ou défigure la victime, ou qui met sa vie en danger.

Autres infractions d'ordre sexuel : Groupe d'infractions qui visent avant tout les affaires de violence sexuelle à l'endroit des enfants. Voici les infractions prévues au *Code criminel* qui appartiennent à cette catégorie : contacts sexuels (art. 151), incitation à des contacts sexuels (art. 152), exploitation sexuelle (art. 153), inceste (art. 155), relations sexuelles anales (art. 159) et bestialité (art. 160).¹⁰⁵

Les données révèlent que la majorité des agressions sexuelles commises au Canada sont de niveau 1, soit la forme la moins grave de crimes sexuels qui n'exige pas la constatation de blessures corporelles sur la victime. Les données sur la victimisation indiquent que 81 % des agressions sexuelles prennent la forme de contacts sexuels non

¹⁰⁴ Samuel PERREAULT et Shannon BRENNAN, « La victimisation criminelle au Canada, 2009 », (2010) 30 :2 *Juristat*, p. 6, en ligne :

http://www.statcan.gc.ca/access_acces/alternative_alternatif.action?l=fra&loc=http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2010002/article/11340-fra.pdf&t=La%20victimisation%20criminelle%20au%20Canada,%202009

(consulté le 20 avril 2011).

¹⁰⁵ S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 109, p. 7.

désirés, comparativement à 19 % de crimes sexuels plus graves. Selon les données policières pour l'année 2007, 86 % des agressions sexuelles correspondent au niveau 1¹⁰⁶. La délinquance sexuelle grave n'est pas la forme de criminalité la plus fréquente. Le type le plus répandu d'agression sexuelle, dénoncé ou non, est de niveau 1. Il s'agit d'une preuve supplémentaire que les crimes sexuels graves associés aux prédateurs sexuels représentent une minorité de cas.

1.1.2.3.2. Les victimes et les auteurs de la délinquance sexuelle

Plus de la moitié (58 %) des crimes sexuels signalés à la police en 2007 concernaient une personne mineure, un enfant de moins de 12 ans représentant 25 % de ces victimes¹⁰⁷. Ces statistiques étayent en partie l'argument en faveur du fichage, à savoir la protection des enfants du danger que représente la délinquance sexuelle. Il faut cependant lire ces données en relation avec le fait que ces crimes sexuels sont commis par un membre ou une connaissance de la famille et non par un inconnu¹⁰⁸. Même si 58 % des victimes de la délinquance sexuelle sont mineures, peu d'entre elles sont victimes d'un prédateur sexuel dont on ne soupçonne pas l'identité.

De même, selon les données déclarées par la police et celles tirées d'enquêtes sur la victimisation, les femmes sont cinq fois plus susceptibles d'être une victime d'agression sexuelle que les hommes, et ce, tout niveau d'agression confondu¹⁰⁹. Les jeunes de 15 à 24 ans représentent une autre partie importante des victimes d'agression sexuelle¹¹⁰. D'après

¹⁰⁶ *Id.*, p. 6 et 7.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 14.

¹⁰⁸ Marc TOURIGNY et Nico TROCMÉ, « Facteurs associés à la décision d'entreprendre des poursuites criminelles à la suite d'un signalement pour abus sexuel ou physique envers un enfant », (2000) 33 *Criminologie* 7, 14.

¹⁰⁹ *Id.*, 12.

¹¹⁰ *Id.*, p. 14.

des spécialistes, cela s'explique par le fait que les jeunes se livrent davantage à des activités récréatives, un contexte d'opportunité favorable à la victimisation¹¹¹. Les études démontrent d'ailleurs qu'en général, une agression sexuelle survient après que la victime ait eu l'occasion de socialiser avec l'agresseur.

Offrons l'exemple des crimes sexuels commis sur les campus universitaires pour attester de ces données criminologiques. Les jeunes femmes qui font partie de clubs étudiants ou qui vivent en résidence universitaire sont plus susceptibles d'être agressées sexuellement. Ces étudiantes ont un réseau social qui leur permet de socialiser avec un grand nombre de personnes et, du coup, avec un agresseur potentiel. C'est dans un contexte de proximité et de promiscuité générale qu'une agression a lieu. Dans près de 80 % des cas, l'infraction est commise par un étudiant connu de la jeune femme¹¹². Le risque de victimisation s'accroît non seulement en raison d'une participation à des activités récréatives, mais également en raison des liens que l'on tisse avec un très grand nombre de personnes, dont un contrevenant potentiel¹¹³.

Cet exemple démontre que même si la victime de la délinquance sexuelle est une adulte, elle connaît généralement son agresseur¹¹⁴. Ceci confirme ce que dit Statistique Canada, à savoir que les agressions sexuelles sont généralement commises par un contrevenant qui connaît sa victime. Dans toutes les affaires où l'on a pu établir un lien entre la victime et son agresseur, la victime et l'auteur présumé se connaissaient

¹¹¹ Amy I. CASS, « Routine Activities and Sexual Assault : An Analysis of Individual and School-Level Factors », 22 *Journal of Violence and Victims* 350.

¹¹² *Id.*, 351.

¹¹³ *Id.*, 352-353.

¹¹⁴ En fait, on estime que 98 % des femmes victimes d'agression sexuelle connaissaient leur agresseur : Carol VANZILE-TAMSEN, Maria TESTA et Jennifer A. LIVINGSTON, « The Impact of Sexual Assault History and Relationship Context on Appraisal and Responses to Acquaintance Sexual Assault Risk », (2005) 20 *Journal of Interpersonal Violence* 813, 820.

antérieurement dans 82 % des cas¹¹⁵. Dans le tiers de ces cas, il s'agissait d'un membre de la famille¹¹⁶.

Si la victime connaît généralement son agresseur, est-il nécessaire de procéder au fichage des contrevenants sexuels? Est-il utile de procéder à un fichage pancanadien de la délinquance sexuelle intrafamiliale? Peut-on invoquer des impératifs de sécurité publique et de plus grande efficacité des enquêtes policières en ces matières? A-t-on un outil nouveau et supplémentaire de meilleur dépistage de cette criminalité dans le futur? La seule justification qui resterait pour soutenir un tel fichage consisterait à démontrer qu'il s'agit d'un bon outil d'appréciation du risque de récidive criminelle. Or, les études sur ce point n'accréditent pas cet argument.

1.1.2.3.3. Le risque de récidive criminelle

Selon des études en sciences humaines et sociales, la majorité des délinquants sexuels, une fois qu'ils sont dénoncés ou condamnés, ne récidivent pas¹¹⁷. D'après Hanson et Bussière, qui ont revu 61 études qui s'intéressaient aux taux de récidive de quelques 28 972 contrevenants ayant commis différents types de crimes sexuels et qui ont été suivis pendant une période de 4 ou 5 après leur condamnation, seul un échantillon de 13,4 % des délinquants sexuels avaient récidivé en pareille matière¹¹⁸.

¹¹⁵ S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 109, p. 14.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Peter MARSHALL, *The Prevalence of Convictions for Sexual Offending, Research Finding No. 55*, London, Home Office, 1997.

¹¹⁸ R. Karl HANSON et Monique T. BUSSIÈRE, « Predicting Relapse : A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies », (1998) 66 *Journal of Consulting & Clinical Psychology* 348, 351. Voir aussi : Vernon L. QUINSEY, Arunima KHANNA et P. Bruce MALCOLM, « A Retrospective Evaluation of the Regional Treatment Centre Sex Offender Treatment Program » (1998) 13 *Journal of Interpersonal Violence* 621.

En ce qui concerne plus spécifiquement le taux de récidive des agresseurs sexuels dont la victime est une femme, une autre étude atteste d'un taux de récidive de 21,2 % au cours d'une période d'environ cinq ans suivant le crime, comparativement à 13,0 % de récidive pour les agresseurs dont la victime est un enfant¹¹⁹. Le taux de récidive des agresseurs sexuels d'enfants semble donc inférieur à celui des agresseurs sexuels de femmes¹²⁰. Par ailleurs, les agresseurs d'enfants dans un contexte intrafamilial présentent un risque de récidive moins élevé que ceux qui agressent un enfant à l'extérieur du cadre familial¹²¹.

Enfin, soulignons que ces données doivent cependant être utilisées avec prudence : les taux de récidive sont calculés à partir d'un suivi des délinquants sexuels qui ont été dénoncés ou condamnés par le système pénal. Le nombre d'affaires qui entraîne une déclaration de culpabilité relativement à un crime de nature sexuelle, faut-il le rappeler, n'offre pas un portrait global de la fréquence et de la nature de cette forme de criminalité. Néanmoins, nos hypothèses demeurent inchangées. En effet, à la lumière de ces données sur la récidive criminelle, il faut constater que contrairement à la croyance populaire, les délinquants sexuels ne récidivent pas tous. Le fait que la récidive ne soit pas la norme en matière de délinquance sexuelle pose une difficulté au regard de la raison d'être du fichage mis en place par la *LERDS** et qui postule implicitement que *tous* les délinquants sexuels présentent un risque réel de récidive criminelle. Ce postulat n'est clairement pas supporté par les études que nous avons examinées.

¹¹⁹ Jean PROULX et al., « Static and Dynamic Predictors of Recidivism in Sexual Aggressors », (1997) 9 *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 7. Voir également R. Karl Hanson et Monique T. Bussière, préc., note 118, 351.

¹²⁰ Jean PROULX et Patrick LUSSIER, « La prédiction de la récidive chez les agresseurs sexuels », (2001) 34 *Criminologie* 9, p. 13.

¹²¹ W.L. MARSHALL, et H.E. BARBAREE, « The Long-term Evaluation of a Behavioral Treatment Program for Child Molesters », (1988) 26 *Behaviour Research and Therapy* 499; James VESS et Alex SKELTON, « Sexual and Violent Recidivism by Offender Type and Actuarial Risk: Reoffending Rates for Rapists, Child Molesters and Mixed-Victim Offenders », (2010) 16 *Psychology, Crime and Law* 541, 543.

La *LERDS** amplifierait donc le phénomène de la délinquance sexuelle et le potentiel de risque de récidive des contrevenants sexuels. Cette loi a une portée excessive selon les données empiriques. Cette amplification et cette portée excessive de la loi canadienne résultent de l'influence du modèle étasunien sur notre législation en matière de fichage.

1.2. Le fichage de la délinquance sexuelle au Canada : un système polymorphe d'influence américaine

Plusieurs systèmes d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et de notification à la communauté ont véritablement pris leur essor à la fin du XXe siècle. Les États-Unis sont les pionniers en cette matière, misant sur cette mesure dès la Deuxième Guerre mondiale. Influencés par l'exemple étasunien, d'autres pays ont choisi d'importer et d'adapter le fichage américain. Selon l'organisme Human Rights Watch, l'Angleterre, le Canada, l'Australie, la France, l'Irlande, le Japon et la Corée du Sud ont des systèmes de fichage¹²². L'intensité de ces systèmes varie d'un endroit à un autre. Certains optent pour l'enregistrement et la notification systématique, peu importe la forme de délinquance sexuelle et le risque posé par le délinquant. D'autres permettent l'alignement du fichage avec les données scientifiques disponibles en sciences humaines et sociales.

Dans cette partie de notre étude, nous nous attarderons d'abord aux influences et aux initiatives déterminantes dans la décision d'adopter la *LERDS**. Nous examinerons l'évolution du fichage américain et nous présenterons un de ses modèles marquants, la

¹²² HUMAN RIGHTS WATCH, *No Easy Answers. Sex Offender Laws in the US*, 2007, vol. 19, n. 4(g), p. 118, en ligne : <http://www.hrw.org/en/reports/2007/09/11/no-easy-answers>, (consulté le 1^{er} mai 2011). Selon cet organisme, seule la Corée du Sud est allée aussi loin que les États-Unis en adoptant un mécanisme d'enregistrement de renseignements et de notification à la communauté. Cependant, il convient de souligner à cet égard que le Canada, bien que n'ayant pas d'un mécanisme de notification au niveau fédéral, dispose néanmoins de mécanismes de notification par l'entremise d'initiatives provinciales.

*Megan's Law*¹²³ du New Jersey. Nous ferons ensuite l'examen des mécanismes provinciaux mis en place au Manitoba, en Alberta, en Ontario et en Colombie-Britannique et qui ont précédé la *LERDS**. Nous poursuivrons en présentant de manière plus détaillée le cadre législatif double de la *LERDS** qui instaure une phase judiciaire et une phase d'exécution de l'enregistrement. Enfin, nous présenterons les modifications au fichage qui ont été promulguées par la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*¹²⁴.

1.2.1. Les influences et initiatives déterminantes pour le Canada

1.2.1.1. Les États-Unis : figure d'influence

L'analyse étasunienne du fichage de la délinquance sexuelle, que ce soit au plan doctrinal ou jurisprudentiel, est déterminante et les parallèles qui peuvent être faits avec le fichage canadien sont nombreux. Il nous apparaît donc incontournable dans le cadre de notre étude de présenter certaines particularités de la situation du fichage aux États-Unis.

Si l'on s'intéresse à l'historique du fichage aux États-Unis, il faut discuter de trois périodes marquantes¹²⁵. Une première époque, qui marque le commencement du fichage, s'échelonne de 1944 à 1967. En effet, c'est en 1944 que l'État de Californie a édicté le

¹²³ *Megan's Law*, préc., note 9.

¹²⁴ *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, préc., note 1.

¹²⁵ Nous empruntons la séparation en trois temps à Scott MATSON et Roxanne LIEB, dans leur article « Sex Offender Registration : A Review of State Laws », (1997) 17 *Children Legal Rights Journal* 22. Cependant, au moment où ils ont publié leur article, tous les états américains n'avaient pas encore adopté un régime; à notre avis, c'est ce qui explique qu'il situe la fin de la troisième période à l'année 1996, moment où ils ont mené leur étude. Cependant, vu l'activité législative qui a suivi la publication de leur article, il nous semble prématuré de marquer le terme de la troisième période par 1996. Cela étant dit, nous sommes donc d'opinion qu'il y a lieu d'étendre la troisième période pour qu'elle couvre l'entièreté de l'activité législative, à savoir les années 1991 à 2006.

premier régime d'enregistrement de renseignements aux États-Unis¹²⁶. Quelques années plus tard, en 1951, l'Arizona a adopté un mécanisme similaire puis, entre 1957 et 1967, ce fut le tour de la Floride, du Nevada, de l'Ohio et de l'Alabama¹²⁷. Les années qui suivent sont marquées par un temps mort au plan législatif à cet égard. Il faut attendre l'année 1985, moment où l'Alabama remplace son régime¹²⁸, pour que la seconde période d'intensité législative débute. Elle se terminera en 1990, alors que l'État de Washington adopte un des premiers régimes d'enregistrement et de notification à la communauté¹²⁹. Enfin, la dernière période couvre les années 1991 à 2006. Cette époque récente a été la scène d'une animation législative importante en ce qui a trait à l'adoption de mesures de fichage aux États-Unis et mérite que nous nous y attardions plus longuement.

À la fin du mois de juillet 1994, alors que le Congrès américain étudie l'opportunité d'une mesure d'enregistrement au niveau national, un événement tragique survient au New Jersey. Une jeune fille de sept ans, Megan Kanka, est attirée à l'aide d'un subterfuge à l'intérieur de la résidence d'un récidiviste, Jesse K. Timmendequas, un voisin des Kanka qui habite en face de leur demeure. Elle est agressée sexuellement avant d'être étranglée à mort. Après que le contrevenant eut avoué son crime aux autorités, l'opinion publique s'est vivement indignée du fait que personne dans le quartier n'avait été mis au courant qu'il était un récidiviste sexuel. Les médias se sont emparés de l'affaire, les citoyens se sont mobilisés¹³⁰ et leurs préoccupations ont rapidement rejoint les élus. En moins de trois mois, le New Jersey adoptait un mécanisme d'enregistrement de renseignements et de notification à la communauté et lui donna le nom de la jeune Megan¹³¹. L'impact de cette loi est tel qu'aujourd'hui, on réfère aux lois semblables en parlant de *Megan's Laws*.

¹²⁶ Lucy BERLINER, « Sex Offenders : Policy and Practice », (1998) 92 *Northwestern University Law Review* 1203, 1214.

¹²⁷ MATSON et LIEB, préc., note 125, 24.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ P. JENKINS, préc., note 94, p. 191.

¹³⁰ La *Nicole Megan Kanka Foundation* a notamment vu le jour.

¹³¹ *Megan's Law*, préc., note 9; E. S. JANUS, préc., note 12, p. 16.

Afin d'offrir une certaine base comparative pour notre étude, une présentation sommaire du régime du New Jersey peut être utile. La *Megan's Law* du New Jersey promulgue une finalité de protection du public et de prévention du crime à son énoncé de principes qui justifient en apparence l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels à une banque de données. À l'instar d'une justification première à la *LERDS**, les objectifs exprimés à la *Megan's Law* font référence au thème imaginaire du prédateur sexuel, ce qui constitue une preuve de la méconnaissance du phénomène de la délinquance sexuelle. Par ailleurs, afin de satisfaire ces impératifs de sécurité publique, on a recours à une mesure complémentaire à l'enregistrement, à savoir la notification aux citoyens de renseignements sur les délinquants sexuels. Il s'agit donc d'un régime de fichage double¹³².

Dans les dispositions qui suivent sa déclaration de principes, la *Megan's Law* met en place ce régime double. Les délinquants condamnés ou trouvés non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux à l'égard de crimes de nature sexuelle sont assujettis¹³³. La loi énumère les infractions pour lesquelles le régime s'applique, ce qui rappelle le concept d'infraction désignée retenue à la *LERDS**. Dans le cas de la *Megan's*

¹³² La déclaration de principes de la *Megan's Law* indique le caractère double du fichage :

The Legislature finds and declares:

a. The danger of recidivism posed by sex offenders and offenders who commit other predatory acts against children, and the dangers posed by persons who prey on others as a result of mental illness, require a system of registration that will permit law enforcement officials to identify and alert the public when necessary for the public safety.

b. A system of registration of sex offenders and offenders who commit other predatory acts against children will provide law enforcement with additional information critical to preventing and promptly resolving incidents involving sexual abuse and missing persons.

[Nos soulignements.]

Megan's Law, *id.*, § 2C:7-1.

¹³³ *Id.*, § 2C:7-2, al. a)(1);

Law, il s'agit essentiellement d'infractions de nature sexuelle, mais on inclut l'enlèvement criminel d'enfant afin de rejoindre la conception populaire du prédateur¹³⁴. Contrairement au champ d'application extensif de la *LERDS**, la *Megan's Law* ne s'applique toutefois pas à tous les crimes de nature sexuelle. Cela découle assurément du libellé différent des deux mesures quant à leurs objectifs et principes fondamentaux, puisque la *Megan's Law* vise à protéger les enfants du délinquant sexuel *prédateur*, tandis que la *LERDS** vise de manière plus générale la protection du public du délinquant sexuel¹³⁵.

¹³⁴ *Id.*, § 2C:7-2, al. b) :

b. For the purposes of this act a sex offense shall include the following:

(1) Aggravated sexual assault, sexual assault, aggravated criminal sexual contact, kidnapping pursuant to paragraph (2) of subsection c. of N.J.S.2C:13-1 or an attempt to commit any of these crimes if the court found that the offender's conduct was characterized by a pattern of repetitive, compulsive behavior, regardless of the date of the commission of the offense or the date of conviction;

(2) A conviction, adjudication of delinquency, or acquittal by reason of insanity for aggravated sexual assault; sexual assault; aggravated criminal sexual contact; kidnapping pursuant to paragraph (2) of subsection c. of N.J.S.2C:13-1; endangering the welfare of a child by engaging in sexual conduct which would impair or debauch the morals of the child pursuant to subsection a. of N.J.S.2C:24-4; endangering the welfare of a child pursuant to paragraph (4) of subsection b. of N.J.S.2C:24-4; luring or enticing pursuant to section 1 of P.L.1993, c.291 (C.2C:13-6); criminal sexual contact pursuant to N.J.S.2C:14-3b. if the victim is a minor; kidnapping pursuant to N.J.S.2C:13-1, criminal restraint pursuant to N.J.S.2C:13-2, or false imprisonment pursuant to N.J.S.2C:13-3 if the victim is a minor and the offender is not the parent of the victim; or an attempt to commit any of these enumerated offenses if the conviction, adjudication of delinquency or acquittal by reason of insanity is entered on or after the effective date of this act or the offender is serving a sentence of incarceration, probation, parole or other form of community supervision as a result of the offense or is confined following acquittal by reason of insanity or as a result of civil commitment on the effective date of this act;

(3) A conviction, adjudication of delinquency or acquittal by reason of insanity for an offense similar to any offense enumerated in paragraph (2) or a sentence on the basis of criteria similar to the criteria set forth in paragraph (1) of this subsection entered or imposed under the laws of the United States, this State or another state.

¹³⁵ *R. v. Y.(B.T.)*, préc., note 64 et *R. v. Debidin*, préc., note 64.

La *Megan's Law* précise que l'assujettissement du contrevenant a lieu *après* le verdict ou, le cas échéant, *après* avoir purgé la partie privative de liberté de la sentence – donc une fois que le procès pénal est terminé¹³⁶. Le fichage s'applique également aux délinquants qui ont commis un crime dans un autre État et qui emménagent au New Jersey¹³⁷. Il faut noter par ailleurs que la loi a une portée rétrospective, puisqu'elle vise les délinquants qui purgeaient une sentence au moment où la loi est entrée en vigueur¹³⁸. Cette particularité a donné lieu à un argument d'inconstitutionnalité fondé sur la protection contre la rétroactivité de la loi pénale – argument qui fut rejeté par la Cour Suprême des États-Unis dans l'arrêt *Smith v. Doe*¹³⁹.

La *Megan's Law* prévoit que le délinquant sexuel doit fournir les informations suivantes : son nom, son numéro de sécurité sociale, son âge, sa race, son sexe, sa date de naissance, sa grandeur, son poids, la couleur de ses cheveux et de ses yeux, son adresse de résidence permanente, toute adresse de résidence temporaire, l'adresse de son travail et le cas échéant, l'adresse de son établissement scolaire¹⁴⁰. De même, des informations relatives aux infractions qu'il a commises, ainsi que toute marque génétique distinctive, sont consignées. Ces informations sont conservées dans une banque de données à l'usage des forces policières.

Contrairement à la *LERDS** qui prévoit diverses durées d'enregistrement en fonction de la gravité objective du crime commis, l'obligation d'enregistrement en vertu de la *Megan's Law* est toujours à perpétuité, avec possibilité d'en demander la révocation après quinze ans¹⁴¹. À cet égard, le fichage du New Jersey repose sur la même

¹³⁶ *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-2 al. c).

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Smith v. Doe*, préc., note 21.

¹⁴⁰ *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-2, al. c) et d); § 2C:7-4.

¹⁴¹ *Id.*, § 2C:7-2, al. a)(3); La loi prévoit à l'al. f) qu'un délinquant qui n'a pas commis de crime durant les quinze années qui se sont écoulées depuis sa condamnation ou sa libération conditionnelle peut s'adresser à

généralisation que la *LERDS** voulant que les contrevenants sexuels posent tous un même risque de récidive sur la base objective qu'ils ont commis une quelconque infraction de nature sexuelle.

Quant à la notification, un exercice de catégorisation en trois niveaux effectué par le poursuivant permet de déterminer sa forme¹⁴². Une échelle d'évaluation du risque de récidive qui a été spécialement conçue à cette fin par un comité¹⁴³ est utilisée : le *Registrant Risk Assessment Scale* (« RRAS »)¹⁴⁴. Cette échelle a été mise en place afin de servir de lignes directrices pour les procureurs. Ces derniers sont appelés à exercer un rôle qui ne leur est généralement pas dévolu et qui est plutôt laissé à des professionnels en sciences sociales et humaines. La mise en place du RRAS vise à favoriser l'uniformité dans l'évaluation du risque de récidive en promulguant treize facteurs que les avocats de la poursuite doivent examiner¹⁴⁵. On peut cependant mettre en doute la qualité de l'évaluation

un tribunal pour demander que soit mis un terme à son assujettissement à la *Megan's Law*. Il doit démontrer qu'il ne représente pas un danger pour le public. Cette possibilité de révision n'est cependant pas ouverte aux délinquants qui ont commis plus d'un crime de nature sexuelle ou qui ont commis certaines infractions de nature sexuelle nommément exclues par l'al. g).

¹⁴² *Id.* § 2C:7-8. Les délinquants peuvent être classés dans trois catégories : *tier 1*, *tier 2* et *tier 3*. Dans le cas d'un délinquant à faible risque de récidive, le procureur de la poursuite notifie seulement les agences d'application de la loi qui sont susceptibles d'avoir affaire au délinquant. Si le délinquant présente plutôt un risque modéré de récidive, le poursuivant va en outre notifier les organisations communautaires qui sont susceptibles de rencontrer le délinquant (comme une école). Le procureur a toute la latitude voulue dans le choix des organismes qui doivent être notifiés. Finalement, si le délinquant est évalué à risqué élevé de récidive, la loi prévoit que la communauté dans laquelle il évolue doit être notifiée qu'il est un contrevenant sexuel. Ce sont les services policiers de l'endroit où le délinquant s'établit qui sont alors responsables de la notification au public : *Id.*, § 2C:7-7. et § 2C:7-8.

¹⁴³ La formation de ce comité, dont la fonction est de formuler des recommandations au Procureur général du New Jersey au sujet des lignes directrices, est prévue à la loi : *Id.*, § 2C:7-11.

¹⁴⁴ Philip WITT, Joseph DELRUSSO, Jessica OPPENHEIM, Glenn FERGUSON, « Sex Offender Risk Assessment and the Law », (1996) 24 *J. Psychiatry & L.* 343, à la p. 360; voir également *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-8.

¹⁴⁵ L'uniformité est un but expressément souligné à la loi : *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-8, al. d). En outre, les facteurs utilisés par le RRAS sont les suivants : le degré de force utilisé et le degré de contact physique lors de l'agression sexuelle, l'âge de la victime, le lien entre l'agresseur et la victime, les condamnations antérieures, la durée de l'infraction, la durée entre les infractions, la présence d'un historique d'actes antisociaux, la réponse au traitement, l'existence d'un problème de consommation de drogue, la présence d'un support thérapeutique, la présence d'un support résidentiel ou d'emploi, et l'éducation et la stabilité du délinquant : P. WITT, J. DELRUSSO, J. OPPENHEIM, G. FERGUSON, préc., note 144, p. 362-363.

effectuée, puisqu'elle est laissée à des avocats de la poursuite qui ne disposent pas de la même expertise scientifique qu'un psychiatre par exemple. Ces avocats accordent un pointage à chaque facteur et c'est le résultat cumulatif qui détermine le classement du délinquant sexuel : faible risque de récidive (*tier 1*), risque modéré (*tier 2*) ou risque élevé (*tier 3*)¹⁴⁶. Il n'existe donc pas de *tier 0*¹⁴⁷, parce que la *Megan's Law* postule implicitement que tous les délinquants sexuels présentent un risque de récidive. Ce postulat, faut-il le rappeler, n'est toutefois pas supporté par les données scientifiques. Comme la majorité des délinquants sexuels ne récidivent pas¹⁴⁸, on peut se questionner sur l'absence de *tier 0* à la *Megan's Law*. Le mécanisme mis en place au New Jersey semble accorder plus de place à la science et à l'évaluation du risque réel de récidive criminelle. Il ne s'agit cependant que d'une façade puisque la loi n'autorise pas l'exemption d'un délinquant et que l'appréciation du risque de récidive ne peut influencer la durée des obligations. Soulignons par ailleurs que l'on n'a même pas jugé bon de valider empiriquement le RRAS avant de l'adopter¹⁴⁹.

En résumé, l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels fonctionne sur une base objective au New Jersey, un peu comme la solution retenue à la *LERDS**. Dans le cas de la *Megan's Law*, il est impossible de se soustraire à l'enregistrement et il est donc toujours obligatoire, puisqu'il n'existe pas de dispositif d'exemption. En revanche, les considérations liées au risque de récidive sont prises en compte à l'étape de la notification, mais à la seule fin de déterminer la forme que cette notification doit avoir. Le risque réel de récidive, même s'il est apprécié, ne peut jamais avoir pour conséquence l'absence de notification. Dans cette logique sécuritaire, le public doit se protéger contre le danger du délinquant sexuel, lequel est prédéterminé objectivement en fonction de la commission de l'une des quelconques infractions désignées

¹⁴⁶ *Id.*, p. 362-363.

¹⁴⁷ *Id.*, Mariana VALVERDE, Ron LEVI et Dawn MOORE, « Legal Knowledge of Risk », dans LAW COMMISSION OF CANADA, *Law and Risk*, 2005, Vancouver, UBC Press, p. 86, à la p. 99.

¹⁴⁸ P. MARSHALL, *préc.*, note 117.

¹⁴⁹ M. VALVERDE, R. LEVI et D. MOORE, *préc.*, note 147, à la p. 102.

à la loi. À l'instar de l'enregistrement mis en place par la *LERDS**, les considérations subjectives et personnelles au délinquant sont donc reléguées au second plan, ce qui permet à la notification d'avoir une portée très extensive. Les deux mesures témoignent par ailleurs d'un fichage qui est indifférent aux critères de détermination de la peine en vigueur.

Le New Jersey est également doté d'une banque de données gratuitement accessible sur le réseau Internet, où apparaissent l'identité, l'adresse de résidence et la photographie du délinquant sexuel¹⁵⁰. Ce site est facilement accessible à partir d'un ordinateur au Canada, ce qui n'est pas sans soulever des inquiétudes quant à la protection et à l'utilisation des renseignements personnels. Au moment d'écrire ces lignes, des renseignements sur quelque 3369 délinquants sexuels apparaissent sur ce site Internet¹⁵¹.

La popularité du fichage aux États-Unis ne s'est pas tarie depuis l'adoption de la *Megan's Law*. Peu de temps après son adoption, le Congrès américain adoptait en 1994 la *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*¹⁵² (fréquemment appelé *Jacob Wetterling Act*). Cette loi demandait à chaque État américain d'adopter un régime d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels. Le défaut de le faire entraînait la perte de subventions fédérales relatives au financement des programmes étatiques de gestion du crime¹⁵³. Par ailleurs, la *Jacob*

¹⁵⁰ *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-12 à § 2C:7-19; THE STATE OF NEW JERSEY: DEPARTEMENT OF LAW & PUBLIC SAFETY –OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *New Jersey State Police*, en ligne: https://www6.state.nj.us/LPS_spoff/SetSession (consulté le 18 février 2011). Les délinquants juvéniles (à moins qu'ils ne soient classés dans le tier 3) ainsi que la plupart des délinquants posant un faible risque de récidive (tier 1) qui entretenaient un lien familial avec leur victime ou qui ont été trouvés coupables d'une infraction statutaire liée à l'âge ne figurent pas à cette banque de données : *Megan's Law*, préc., note 9, § 2C:7-13.

¹⁵¹ THE STATE OF NEW JERSEY: DEPARTEMENT OF LAW & PUBLIC SAFETY – OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *New Jersey State Police*, *id.*

¹⁵² *Jacob Wetterling Act*, 42 U.S.C. §§ 14071 (1994), nommé en mémoire d'un enfant enlevé qui n'a jamais été retrouvé. Le *Jacob Wetterling Act* a été aboli le 27 juillet 2006 par le *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*, 42 U.S.C. § 16901 (2006).

¹⁵³ C'est en vertu de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 42 U.S.C. 3750 et suivants (1968) que ces subventions du fédéral aux États sont prévues.

Wetterling Act imposait aux États des exigences minimales à suivre, mais elle autorisait l'adoption de mesures plus extensives. Soulignons à cet égard l'exemple du Kansas, qui a étendu l'obligation d'enregistrement à des crimes comme le meurtre et l'homicide involontaire¹⁵⁴.

En 1996, un amendement à la *Jacob Wetterling Act* rendait l'adoption de l'enregistrement et de la notification obligatoire. Encore une fois, un État récalcitrant perdait une partie des subventions fédérales qui lui étaient octroyées¹⁵⁵. La même année, la *Pam Lychner Sex Offender Tracking and Identification Act*¹⁵⁶ mettait sur pied une banque nationale de renseignements sur les délinquants sexuels, que le Federal Bureau of Investigation gère.

Tous les États se sont conformés à la *Jacob Wetterling Act* et se sont dotés de l'enregistrement et de la notification¹⁵⁷. Bien que contraignant à l'adoption de l'enregistrement et de la notification, la *Jacob Wetterling Act* autorisait aux États une certaine latitude quant au mode de fonctionnement de ces mécanismes. Cette ouverture a donné lieu à la diversification des mécanismes¹⁵⁸. Les obligations imposées à un délinquant sexuel variaient donc en fonction de son lieu de résidence et de son lieu de travail. Par ailleurs, les méthodes retenues pour évaluer le risque de récidive se sont également diversifiées. Certains États ont postulé que la gravité objective du crime commis justifiait la durée du fichage, évacuant ainsi toute préoccupation individuelle de l'analyse¹⁵⁹. D'autres États ont plutôt choisi de mettre en place des mécanismes prévoyant une appréciation du

¹⁵⁴ John Q. LA FOND, *Preventing Sexual Violence: How Society Should Cope With Sex Offenders*, Washington, American Psychological Association, 2005, p. 89.

¹⁵⁵ *Jacob Wetterling Act*, 42 U.S.C. §§ 14071(e)(2) (1996); Cet amendement, fortement inspiré par l'expérience du New Jersey, porte souvent le nom de *Megan's Law*, ce qui peut porter à le confondre avec la loi du même nom émanant du New Jersey.

¹⁵⁶ *Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act of 1996*, 42 U.S.C. § 14072 (1997 & Supp. 2002).

¹⁵⁷ E. S. JANUS, préc., note 12, p. 16.

¹⁵⁸ Pour un excellent portrait, voir LA FOND, préc., note 154, p. 85-121.

¹⁵⁹ Le Kansas en est un exemple.

risque de récidive criminelle selon des critères similaires à l'évaluation clinique individuelle utilisée par les scientifiques¹⁶⁰.

En 2006, le Congrès américain a aboli la *Jacob Wetterling Act*¹⁶¹ et l'a remplacée par la *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*¹⁶². L'objectif était d'uniformiser les procédés multiples de fichage¹⁶³. La *Adam Walsh Act* adopte une procédure qui exige la catégorisation des délinquants sexuels en trois niveaux de risque. Cette détermination est effectuée à partir de la gravité objective de l'infraction commise¹⁶⁴. Le processus n'est donc pas individualisé puisqu'il procède à partir d'une logique objective fondée sur l'infraction commise ce qui donne lieu à une gestion des risques irrationnelle et grossière. Ce processus a néanmoins l'effet d'uniformisation recherché. En effet, c'est en fonction de l'établissement d'un cas dans une de ces catégories que l'on détermine la durée de l'assujettissement au fichage et que l'on identifie la fréquence de la mise à jour des informations¹⁶⁵. En revanche, certains ont émis des doutes sur l'effet uniformisateur de la *Adam Walsh Act*. Cette loi promulgue une définition très générale de la notion de crime sexuel. La loi édicte qu'il s'agit d'une infraction qui comporte un acte sexuel ou un contact sexuel avec une autre personne¹⁶⁶. Cette définition non balisée laisse une marge de manœuvre considérable aux États quant au champ d'application du fichage. On peut donc anticiper d'éventuelles disparités sur la base de cette imprécision.

¹⁶⁰ Comme le New Jersey. Pour plus de détails, voir l'ouvrage *Preventing Sexual Violence* où le professeur La Fond dresse un portrait détaillé des méthodes existantes ainsi que des avantages et désavantages de chacune; LA FOND, préc., note 154, p. 90-95.

¹⁶¹ *Jacob Wetterling Act*, préc., note 152.

¹⁶² *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*, préc., note 152. Pour une description détaillée de la *Adam Walsh Act* : Lara GEER FARLEY, « The Adam Walsh Act: The Scarlett Letter of the Twenty-First Century », 47 *Washburn L. J.* 471.

¹⁶³ Comme la *Jacob Wetterling Act*, la *Adam Walsh Act* prévoit que le défaut de se conformer à ses exigences se soldera par une réduction de dix pour cent des subventions fédérales que l'État récalcitrant devrait recevoir : *Adam Walsh Act*, préc., note 162, § 16925. Aussi, la *Adam Walsh Act* innove en prévoyant la mise sur pied d'une banque de données contenant des informations

¹⁶⁴ *Id.*, § 16911(2), (3), (4).

¹⁶⁵ HUMAN RIGHTS WATCH, préc., note 122, p. 37.

¹⁶⁶ *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*, préc., note 162, § 16911(5)(A)(i).

Par ailleurs, à l'instar de la *Jacob Wetterling Act*, la *Adam Walsh Act* n'impose pas de contraintes aux États, qui peuvent adopter des mesures plus sévères que celles prévues par la loi fédérale¹⁶⁷. S'il voulait uniformiser les pratiques, le législateur américain aurait mieux fait d'exiger des États qu'ils n'aillent pas au-delà de la *Adam Walsh Act*. Même si la *Adam Walsh Act* peut satisfaire l'impératif d'uniformité en évitant notamment la variété des méthodes d'évaluation de la dangerosité future, l'objectif recherché est difficilement atteint : les États peuvent imposer des exigences plus sévères aux délinquants sexuels.

En somme, depuis la médiatisation de l'affaire Kanka en 1994 jusqu'à l'adoption de la *Adam Walsh Act* en 2006, le droit américain a suscité une pléthore de régimes de fichage. Le Congrès américain a de plus joué un rôle important à cet égard en contraignant les États à adopter un régime de fichage. La popularité du fichage de la délinquance sexuelle aux États-Unis est préoccupante lorsque l'on considère que les spécialistes, tant en sciences sociales et humaines qu'en droit, ont remis en question l'efficacité de telles mesures et ont généralement demandé des mesures favorisant la réhabilitation et la réinsertion sociale des délinquants¹⁶⁸. Malgré ces critiques légitimes qui sont formulées dans la presque totalité de la littérature américaine sur le sujet, le fichage « à l'américaine » a néanmoins été importé au Canada.

¹⁶⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, préc., note 122, p. 38.

¹⁶⁸ La littérature sur le sujet est plus qu'abondante. Voici, à titre indicatif, trois documents qui traitent de ces questions : Mary Ann FARKAS et Amy STICHMAN, « Sex Offender Laws : Can Treatment, Punishment, Incapacitation and Public Safety Be Reconciled », (2002) 27 *Criminal Justice Review* 256; Abril R. BEDARF, « Examining Sex Offenders Community Notification Laws », (1995) 83 *California Law Review* 885; Alan R. KABAT, « Scarlet Letter Sex Offender Databases and Community Notification : Sacrificing Personal Privacy for a Symbol's Sake », (1998) 35 *American Criminal Law Review* 333.

1.2.1.2. Certaines initiatives provinciales

Au Canada, le fichage a commencé à être envisagé comme une solution au problème de la délinquance sexuelle à la suite de la mort de Christopher Stephenson, un jeune Ontarien de sept ans enlevé et tué par Joseph Fredericks. Ce dernier, un récidiviste, était en liberté surveillée au moment d'attenter à la vie du jeune Stephenson¹⁶⁹. Le rapport du coroner chargé de l'enquête a été divulgué en 1992 et recommandait la création d'un registre national sur les délinquants sexuels géré par les services policiers¹⁷⁰.

Au lieu de mettre immédiatement en œuvre cette recommandation, le Gouvernement fédéral a opté pour la mise sur pied du *Groupe de travail sur les délinquants à haut risque*. Le mandat de cette équipe consistait à étudier les divers systèmes de collecte de renseignements et de fichage sur les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants et à d'autres personnes vulnérables. Le groupe de travail a rendu son rapport en 1998. Il y conclut qu'un registre indépendant sur la délinquance sexuelle n'améliorerait pas la protection des enfants et des groupes vulnérables¹⁷¹. D'après l'équipe de travail, certaines mesures déjà existantes constituaient une base suffisante de protection et leur amélioration pourrait suffire à assurer la sécurité du public. Pour ce groupe, il s'agit donc de perfectionner des outils existants, par exemple le raffinement des données du casier judiciaire géré par le Centre d'information de la GRC, la vérification des antécédents judiciaires des bénévoles et des personnes en situation d'autorité auprès des enfants, et

¹⁶⁹ Michael PETRUNIK, « The Hare and the Tortoise : Dangerousness and Sex Offender Policy in the United States and Canada », (2003) 45(1) *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 43.

¹⁷⁰ Heather DAVIES, « Sex Offender Registries : Effective Crime Prevention Tools or Misguided Responses? », (2004) 17 C.R. (6th) 156.

¹⁷¹ SOLICITOR GENERAL CANADA, WORKING GROUP ON HIGH RISK SEX OFFENDERS, Report to federal, provincial and territorial ministers on information systems on sex offenders against children and other vulnerable groups, 1998.

d'étendre les procédés de systèmes de notification à la communauté mis en place dans certaines provinces canadiennes¹⁷².

Le Gouvernement fédéral a d'abord été réceptif aux recommandations de ce Comité. Mais les pressions provinciales ont eu raison des hésitations du Fédéral quant à une loi fédérale. En effet, des provinces, dont le Manitoba, l'Alberta, l'Ontario et la Colombie-Britannique¹⁷³, ont pris des mesures afin d'instaurer des mécanismes de fichage visant à assurer la sécurité publique, ce qui a incité le Gouvernement fédéral à légiférer à son tour dans le même sens. Examinons maintenant les régimes provinciaux de fichage.

1.2.1.2.1. Le Comité consultatif du Manitoba

Le Manitoba est à l'origine de la première initiative en la matière au Canada. En février 1995, cette province met sur pied le Comité consultatif de notification du public (« Comité »)¹⁷⁴. Il s'agit d'un groupe multidisciplinaire composé de membres du système de justice pénale¹⁷⁵, d'intervenants du système de santé et occasionnellement d'un représentant du public.

¹⁷² *Id.*, p. 19. En outre, voulant éviter la situation aux États-Unis où la multiplication des régimes avait donné lieu à une disparité de mesures, le Groupe de travail sur les délinquants à haut risque a aussi recommandé aux divers paliers de gouvernement de se consulter au moment de développer leurs mécanismes de fichage : *Id.*, p. 22.

¹⁷³ Il faut souligner que nous avons dû procéder à une sélection aléatoire en raison de la disponibilité du matériel aux fins de l'analyse. Soulignons que d'autres provinces ont des mécanismes similaires qui permettent de notifier la communauté, comme la Saskatchewan et Terre-Neuve : M. PETRUNIK, préc., note 169, 55.

¹⁷⁴ GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Rapport n° 14 du Comité consultatif de notification du public du Manitoba*, 2010, à la page 1 (document non publié obtenu auprès du Gouvernement du Manitoba).

¹⁷⁵ Dont des représentants des services correctionnels canadiens et manitobains, des policiers et des avocats.

Le mode de fonctionnement de ce Comité et le mécanisme de notification sont encadrés par un protocole gouvernemental¹⁷⁶. Dans la très grande majorité des cas, le protocole entre en opération au moment de l'exécution de la peine – donc postérieurement au prononcé de la sentence par le juge et en dehors du système de justice criminelle. En effet, les services correctionnels sont responsables d'avertir les services policiers lorsque la libération d'un délinquant sexuel considéré toujours dangereux est imminente¹⁷⁷. Après une évaluation sommaire des cas, les policiers transmettent les dossiers des cas paraissant pertinents au Comité. Les policiers peuvent référer le dossier d'un délinquant qui est en probation, en liberté conditionnelle ou sous engagement. Ils peuvent également transmettre le cas d'un individu qui n'a pas été condamné et qui par conséquent ne fait pas l'objet d'une surveillance judiciaire ou correctionnelle et qui n'a pas l'obligation de se rapporter aux autorités¹⁷⁸. La notification manitobaine n'est donc pas réservée aux seuls cas de délinquance sexuelle prise en charge par l'institution pénale et le processus judiciaire. Si tel est le cas, la notification stigmatise le délinquant et tient lieu de punition même s'il n'a pas fait l'objet de condamnation criminelle.

Lorsque les policiers transmettent un cas au Comité, celui-ci va l'étudier afin de déterminer s'il y a lieu de recommander au service de police de notifier la communauté du

¹⁷⁶ Jennifer A. COOPER et Glen LEWIS, « Community Notification of High Risk Sex Offenders : The Manitoba Model », (1997) 46 *U.N.B.L.J.* 171, 173; l'auteure Jennifer Cooper a été présidente du Comité de 1995 à 1997. Nous avons obtenu le protocole en question auprès du gouvernement manitobain : GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Manitoba Community Notification Advisory Committee. Protocol*, 2002 (non publié).

¹⁷⁷ En vertu du protocole, les services correctionnels doivent aviser le service de police principal de l'endroit où le délinquant projette de s'installer lorsqu'il sera libéré; si le délinquant refuse d'indiquer où il s'installera, les services correctionnels doivent alors référer son dossier au service de police du lieu de la dernière condamnation pour un crime sexuel. Ce service de police devient alors l'organisme principal responsable d'initier le protocole (on utilise le terme « lead agency » pour désigner ce corps de police) et de s'assurer que le Comité reçoive toute la documentation pertinente à l'étude de la situation. Le protocole spécifie qu'il y a trois corps de police qui peuvent jouer le rôle de service de police principal, à savoir le service de police de Brandon, celui de Winnipeg ou la GRC : GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Manitoba Community Notification Advisory Committee. Protocol*, préc., note 176, p. 5 et 6.

¹⁷⁸ J. COOPER et G. LEWIS, préc., note 176, 174. Il y a même un cas, entre 1995 et 2009, où le Comité s'est vu référer par les policiers la situation d'un individu qui n'avait même pas été déclaré coupable et qui avait quitté la province : GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Rapport n° 14 du Comité consultatif de notification du public du Manitoba*, préc., note 174, p. 15.

danger que pose l'individu¹⁷⁹. Le protocole instaure donc un cadre décisionnel administratif en vertu duquel les policiers prennent la décision finale après avoir considéré la recommandation du Comité.¹⁸⁰ Bref, la décision de notifier n'appartient pas au Comité; le décideur ultime de ficher un individu à risque de délinquance sexuelle, c'est la police!

Pour émettre sa recommandation aux policiers au sujet des délinquants condamnés, le Comité considère généralement les circonstances entourant la commission de l'infraction, la capacité du délinquant de respecter les ordonnances judiciaires (comme la probation), sa participation aux traitements, les évaluations (psychologiques, psychiatriques ou sociales), les activités projetées du délinquant, son historique et ses possibilités d'emploi, ainsi que le support de ses relations familiales ou autres. Le Comité considère toutes autres informations pertinentes, comme la déclaration du délinquant ou celle d'une victime¹⁸¹.

Les garanties procédurales associées au processus prévu par le Protocole sont moindres que celles prévues par le système de justice pénale. Bien qu'il soit avisé par écrit du fait que sa situation a été transmise au Comité pour examen, le délinquant n'est pas autorisé à se présenter devant le Comité pour faire des représentations. Il peut toutefois soumettre des représentations par écrit au sujet, par exemple, de sa participation aux traitements thérapeutiques¹⁸². Cette seule possibilité de faire des représentations écrites nous paraît insuffisante. On devrait garantir au délinquant une audience impartiale où il aurait la possibilité de répondre à la preuve faite contre lui¹⁸³. Le respect de la règle *audi*

¹⁷⁹GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Manitoba Community Notification Advisory Committee. Protocol*, préc., note 176, p. 8.

¹⁸⁰J. COOPER et G. LEWIS, préc., note 176, 177.

¹⁸¹*Id.*, 173-174.

¹⁸²*Id.*, 175.

¹⁸³Le droit d'être entendu ne garantit pas nécessairement le droit à une audience orale. Pensons au système de libération conditionnelle, où il n'y a pas de droit absolu à une audition orale. La forme d'audition dépend de l'importance des conséquences pour le détenu de la décision que rendra la Commission des libérations conditionnelles (Patrice GARAND, « Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale (article 7) » dans Gerald-A.

alteram partem semblerait minimal étant donné les stigmates de la notification sur le délinquant¹⁸⁴ et l'impact sur ses droits fondamentaux. La procédure devrait être assortie de plus de garanties juridiques.

Au moment d'appliquer le protocole, le Comité doit se livrer à un exercice de pondération des droits, tel que l'explique ce passage du quatorzième rapport d'exercice émis par le Comité :

Le protocole appliqué par le Comité introduit une innovation importante dans le système canadien de justice pénale. Ce protocole, qui est une *initiative en matière de politique*, illustre clairement le principe selon lequel la protection de la population est une priorité cruciale au Manitoba. Le protocole distingue des intérêts qui peuvent, en cas de nécessité, l'emporter sur le droit à la protection de la vie privée dont jouit normalement tout particulier. Comme il s'agit d'une *initiative de programme*, le Comité doit appliquer le protocole de manière équilibrée. Les droits d'une personne à la protection de ses renseignements personnels seront mis en balance avec le besoin de ses concitoyens d'être suffisamment informés pour assurer leur sécurité et celle des membres de leur famille. C'est une tâche importante et

BEAUDOIN et Errol MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2005, p.457, à la p. 558). Dans le cas qui nous occupe, la recommandation du comité relativement à la notification est centrale à la décision finale prise par les autorités policières. La notification, si elle a lieu, rend parfois possible la diffusion de la stigmatisation à l'ensemble de la population. Bref, on peut difficilement accepter que les conséquences de la décision soient de peu d'importance sur le délinquant, de sorte qu'il devrait pouvoir bénéficier d'une audience orale – afin d'assurer le respect de la règle *audi alteram partem*.

¹⁸⁴ L'information est disponible sur Internet, et ce, tant et aussi longtemps que le délinquant n'obtient pas son pardon. En effet, dans le but d'accroître l'accessibilité à l'information et d'encourager le public à prendre des mesures de protection raisonnables face au danger que présentent ces délinquants, le gouvernement du Manitoba a récemment rendu l'information disponible sur un site Internet. L'accès au site Internet est cependant restreint. Bien que la page d'accueil expliquant le fonctionnement du régime de notification à la communauté soit accessible à tous, l'accès aux informations sur les délinquants est limité aux résidents du Manitoba, contrairement par exemple à la *Megan's Law* du New Jersey, où l'information est même accessible de l'étranger. Le site Internet du Manitoba est accessible à : GOUVERNEMENT DU MANITOBA, JUSTICE MANITOBA, SÉCURITÉ DES COMMUNAUTÉS, *Notification relative aux délinquants sexuels*, en ligne, : <http://www.gov.mb.ca/justice/notification/index.fr.html> (consulté le 5 mai 2011).

délicate qui requiert l'expertise de personnes issues d'un large éventail de disciplines¹⁸⁵.

[Nos soulignements; les italiques sont dans l'original.]

Cet extrait démontre que le but poursuivi par la notification est la protection du public contre le danger posé par un délinquant sexuel. Après avoir procédé à son exercice de pondération des droits, le Comité a le choix parmi cinq types de recommandations. Il peut par exemple recommander de ne pas procéder à une notification vu l'absence de danger élevé pour la société. Mais il peut aussi recommander de faire une notification générale au public en raison d'un risque accru pour la communauté. La notification générale est faite en collaboration avec les médias et s'adresse à toute la population manitobaine. Le Comité peut également conseiller aux policiers de faire une notification ciblée, c'est-à-dire d'avertir seulement certaines personnes ou certains groupes de personnes de l'entourage du délinquant, sans avoir recours aux médias. S'il juge que la situation l'exige, le Comité peut aussi recommander la notification ciblée en collaboration avec les médias. Dans ce cas, on dira qu'il s'agit d'une notification limitée. Finalement, le Comité peut proposer aux corps policiers d'entreprendre des démarches alternatives, comme celle de demander une ordonnance de garder la paix en vertu de l'art. 810.1 *C.cr*¹⁸⁶.

La recommandation du Comité est confidentielle¹⁸⁷, mais la décision des autorités policières de suivre ou non la recommandation émise par le Comité est communiquée au délinquant¹⁸⁸. Tant la recommandation du Comité que la décision des autorités policières sont finales et sans appel.

¹⁸⁵ GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Rapport n° 14 du Comité consultatif de notification du public du Manitoba*, préc., note 174, p. 1.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 4.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 6.

¹⁸⁸ Dans certaines situations, toutefois, la décision n'est pas transmise, comme dans le cas où l'adresse du délinquant est inconnu ou dans la situation où avertir à l'avance le délinquant pourrait mettre en danger la sécurité du public : J. A. COOPER et G. LEWIS, préc., note 176, 177.

Les données conservées par le gouvernement manitobain semblent indiquer que la mesure de notification est d'utilisation relativement restreinte. Entre le mois de juin 1995 et la fin du mois décembre 2009, 160 cas ont été transmis au Comité pour étude. Ces cas concernaient 141 délinquants de sexe masculin âgés de 16 à 73 ans et impliquaient 374 victimes différentes¹⁸⁹. De ce nombre, 4 avaient commis des crimes d'inceste, 76 étaient des agresseurs sexuels et 65 étaient considérés pédophiles¹⁹⁰. Le Comité a recommandé une notification générale dans 66 cas, une notification limitée dans 28 cas, une notification ciblée dans 36 cas, aucune notification dans 24 cas et des mesures alternatives dans 2 cas¹⁹¹. Ces chiffres semblent indiquer que le Comité limite la notification généralisée aux cas les plus graves.

1.2.1.2.2. La notification albertaine

Depuis 1996, le service de police albertain informe la communauté, à l'aide de communiqués de presse, du danger posé par les délinquants jugés à haut risque de récidive criminelle. Contrairement au processus du Manitoba, le mécanisme de l'Alberta n'est donc pas limité aux seuls délinquants sexuels.

Le processus menant à la notification repose sur une décision émanant du chef de police ou du commissaire adjoint à la GRC quant au risque de dommage significatif (« *risk of significant harm* ») que l'individu présente. Cette décision mène à l'émission d'un communiqué de presse visant à informer le public. Ce communiqué de presse est accessible

¹⁸⁹ GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Rapport n° 14 du Comité consultatif de notification du public du Manitoba*, préc., note 174, p. 16.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 15.

¹⁹¹ Quatre autres cas n'ont pas fait l'objet de recommandations, leurs dossiers ayant été retirés à la demande de l'organisme policier principal : *id.*, p. 17.

sur Internet¹⁹². Le pouvoir décisionnel est exercé en vertu de l'art. 32 du *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*¹⁹³ :

32(1) Whether or not a request for access is made, the head of a public body must, without delay, disclose to the public, to an affected group of people, to any person or to an applicant:

(a) information about a risk of significant harm to the environment or to the health or safety of the public, of the affected group of people, of the person or of the applicant, or

(b) information the disclosure of which is, for any other reason, clearly in the public interest¹⁹⁴.

La décision du chef de police ou du commissaire adjoint à la GRC est prise d'après une évaluation du risque de récidive effectuée par les services policiers au terme de la peine d'emprisonnement du délinquant, juste avant qu'il ne soit remis en liberté. Ainsi, comme au Manitoba, ce n'est pas lors du prononcé de la peine par le juge que l'opportunité de la notification est évaluée, mais bien dans le cadre de l'exécution de la peine. Il s'agit du reste d'un cadre décisionnel administratif qui présente peu de garanties procédurales.

¹⁹² L'accessibilité de l'information a été sensiblement accrue à la suite de la mort de Jessica Koopmans, une enfant de cinq ans portée disparue en 2001 à Lethbridge. Le gouvernement albertain a alors inauguré un site Internet le 29 mai 2002 divulguant gratuitement des informations sur les délinquants à haut risque. À l'instar du Manitoba, le gouvernement albertain indique que le but de la notification est de permettre aux citoyens de prendre les mesures préventives qui s'imposent. Contrairement au site manitobain, l'accès n'est pas limité aux citoyens de l'Alberta et est donc accessible à tous. À l'heure actuelle, quelque soixante-dix individus y sont fichés. Voir à ce sujet : H. DAVIES, préc., note 170; Natalie CUFFLEY, « Tattooing Sex Offender on His Forehead », (2004) 6 C.R. (6th) 134; GOVERNMENT OF ALBERTA / SOLICITOR GENERAL AND PUBLIC SAFETY, *High Risk Offenders Listing*, en ligne :

https://www.solgps.alberta.ca/SAFE_COMMUNITIES/COMMUNITY_AWARENESS/SERIOUS_VIOLENT_OFFENDERS/Pages/high_risk_offenders_listing.aspx (consulté le 21 février 2011). L'information accessible sur le site Internet est relative à l'identité du délinquant (incluant une description physique, une photographie ainsi que la région où il demeure), à l'infraction commise et aux conditions de mise en liberté.

¹⁹³ *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. 2002, c. F – 25.

¹⁹⁴ *Id.*

Il convient toutefois de noter que contrairement à la situation en vigueur au Manitoba, le délinquant qui fait l'objet d'une décision qui lui est défavorable peut se pourvoir à l'encontre de celle-ci, et ce, avant que l'information ne soit rendue publique¹⁹⁵. En outre, la notification est temporellement plus limitée qu'au Manitoba, où l'obtention du pardon est nécessaire pour y mettre un terme. En effet, en Alberta, le délinquant à haut risque cessera d'être fiché s'il ne récidive pas durant douze mois ou s'il ne fait plus l'objet d'une mesure de surveillance ordonnée par le tribunal¹⁹⁶.

À notre connaissance, le Manitoba et l'Alberta sont les seules provinces au Canada qui diffusent de l'information relative aux délinquants sexuels sur Internet.

1.2.1.2.3. *Le fichage automatique ontarien*

En 2000, l'Ontario a adopté la *Loi de Christopher*¹⁹⁷. Cette loi implante le premier régime d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels d'application automatique au Canada. L'objectif de la loi est indiqué à son préambule et consiste à munir les services policiers d'un outil d'enquête nécessaire pour résoudre les enquêtes et prévenir le crime¹⁹⁸.

¹⁹⁵ H. DAVIES, préc., note 170.

¹⁹⁶ GOVERNMENT OF ALBERTA – SOLICITOR GENERAL AND PUBLIC SAFETY, *Common Questions*, en ligne : <https://www.solgps.alberta.ca/Lists/Common%20Questions/DispForm.aspx?ID=185> (consulté le 21 février 2011).

¹⁹⁷ *Loi de Christopher*, L.O. 2000, c. 1, entrée en vigueur le 23 avril 2001.

¹⁹⁸ *Id.*, préambule. Il est intéressant de souligner le texte de la version antérieure de ce préambule, où le but exprimé était d'assurer la protection des enfants. Dans l'arrêt *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, au par. 46, le juge Blair souligne que la loi ayant été adoptée en réponse à la mort du jeune Christopher Stephenson, il n'est pas surprenant que le but ait été formulé ainsi. Cependant, s'appuyant sur des représentations parlementaires, il conclut que la loi ne vise pas seulement à protéger les enfants, mais bien plutôt à assurer la sécurité de toutes les personnes se trouvant en Ontario.

La *Loi de Christopher*¹⁹⁹ instaure ensuite un régime par lequel chaque délinquant qui est condamné ou trouvé non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux à une infraction de nature sexuelle désignée doit s'enregistrer auprès des services policiers ontariens²⁰⁰. Dès lors, le fichage devient automatique et obligatoire : l'individu doit comparaître au poste de police au plus tard quinze jours après sa remise en liberté ou, s'il n'a pas reçu une peine d'emprisonnement, quinze jours après la déclaration de culpabilité²⁰¹. Le juge n'a pas à intervenir dans ce processus puisque le fichage a lieu à l'extérieur de la procédure criminelle. À l'instar de la *LERDS** et de la *Megan's Law*²⁰² américaine, la *Loi de Christopher*²⁰³ postule implicitement que *tous* les délinquants sexuels présentent un risque de récidive criminelle inacceptable. Pour le législateur ontarien, ce postulat constitue une vérité incontestable au point d'exiger dans tous les cas l'enregistrement des délinquants sexuels sans exception et sans exemption possible.

Lors de la première rencontre avec les services policiers, le contrevenant doit fournir des pièces d'identité, son nom, son adresse et sa date de naissance²⁰⁴. Ces informations sont ensuite consignées à la banque de données sur les délinquants sexuels. Contrairement aux régimes ponctuels de notification mis en place au Manitoba et en

¹⁹⁹ *Loi de Christopher*, *id.*

²⁰⁰ Dans *R. v. Dyck*, préc., note 198, au par. 19, le juge Blair résume les infractions visées par la *Loi de Christopher*:

A "sex offence" for the purposes of the Act is quite broadly defined.³ It includes convictions for sexual assault, sexual assault with a weapon, aggravated sexual assault, sexual interference, invitation to sexual touching, sexual exploitation, incest, bestiality, parent or guardian procuring sexual activity, exposure, luring a child by means of a computer system, living off the avails of prostitution of a person under the age of eighteen, purchasing sexual services of a person under the age of eighteen, and making, distributing, possessing, or accessing child pornography. In addition, it includes offences that were the predecessors of some of the foregoing, such as rape, indecent assault, gross indecency, and sexual intercourse with a female under the age of fourteen or between the ages of fourteen and sixteen.

²⁰¹ *Loi de Christopher*, préc., note 197, art. 3(1); la loi prévoit également qu'un délinquant sexuel qui déménage en Ontario doit, dans les quinze jours où il devient résident ontarien, comparaître.

²⁰² *Megan's Law*, préc., note 9.

²⁰³ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

²⁰⁴ *Id.*, art. 3(2).

Alberta, la banque de données ontarienne est confidentielle et n'est pas accessible au grand public²⁰⁵. L'effet stigmatisant qui s'attache à l'enregistrement ontarien semble donc moins grand que celui qui découle d'une notification à la communauté.

Après ce premier rendez-vous, le délinquant doit se présenter aux policiers annuellement pour la mise à jour de l'information le concernant²⁰⁶. À l'image du régime ultérieurement retenu par la *LERDS**, la durée des obligations du contrevenant est déterminée en fonction de la gravité objective de son crime. Il y a donc évacuation complète de l'appréciation du risque réel de récidive que pose le délinquant sexuel dans le fichage policier²⁰⁷. En ce qui concerne la fin du fichage et de ses modalités périodiques de mise à jour, elle peut survenir par l'arrivée du terme fixé par la *Loi de Christopher* ou par l'obtention du pardon au sujet des infractions de nature sexuelle²⁰⁸. Enfin, le délinquant qui fait défaut de satisfaire à ses obligations s'expose à une poursuite pénale²⁰⁹. Un juge de paix ou un juge d'une cour provinciale a le pouvoir de lancer un mandat d'arrestation s'il constate que le contrevenant est en défaut de se présenter aux services policiers en contravention des prescriptions de la *Loi de Christopher*²¹⁰.

Enfin, soulignons également que la notification à la communauté peut être ordonnée en vertu de la loi ontarienne. En effet, l'art. 41 (1.1) du *Police Services Act* autorise les

²⁰⁵ *Id.*, art. 10.

²⁰⁶ *Id.*, art. 3(1).

²⁰⁷ En effet, en vertu de l'art. 7(1) de la *Loi de Christopher*, s'il a été déclaré coupable d'une infraction de nature sexuelle pour laquelle la peine maximale d'emprisonnement est de dix ans, son assujettissement au régime est d'une durée de dix ans. Si l'infraction pour laquelle il a été déclaré coupable est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de dix ans, ou s'il a reçu une sentence pour plus d'une infraction de nature sexuelle, il sera assujetti au fichage pour une durée à perpétuité.

²⁰⁸ Toute l'information contenue à son sujet à la banque de données sera alors détruite : *Id.*, art. 7(4) et 9.

²⁰⁹ S'il en est à sa première infraction, il est passible d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an. Si le délinquant n'en est pas à son premier défaut, il est passible d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans moins un jour : *Id.*, art. 11.

²¹⁰ *Id.*, art. 11.

policiers à informer la population du risque que présente un délinquant sexuel²¹¹. L'information qui en résulte n'est cependant pas accessible sur Internet.

1.2.1.2.4. Le Projet de loi de la Colombie-Britannique

En 2002, la Colombie-Britannique a adopté une loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, mais n'a jamais promulgué son entrée en vigueur²¹². La loi adoptée est très similaire au régime instauré par la *Loi de Christopher*. Elle exigerait toutefois de la part des délinquants sexuels de fournir plus de renseignements qu'en vertu de la loi ontarienne²¹³.

Néanmoins, la Colombie-Britannique dispose d'un moyen légal de notifier la communauté lorsqu'un délinquant sexuel pose un risque élevé pour la sécurité publique. En effet, en vertu de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*²¹⁴, les autorités ont le droit d'avertir la communauté du danger que représente un contrevenant sexuel²¹⁵. On a affaire à une disposition législative semblable à celle du régime albertain²¹⁶.

²¹¹ *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P-15. Ce pouvoir a fait l'objet d'un examen dans l'affaire *Whitmore v. Ontario*, [2000] O.T.C. 750 (Ont. Sup. Ct. J.).

²¹² *Sex Offender Registry Act*, S.B.C. 2001, c. 21.

²¹³ En effet, en sus de leur nom, date de naissance, adresse et infraction commise, les délinquants auraient dû fournir les coordonnées de leurs employeurs, ceux de leurs plus proches parents, ceux des organismes auxquels ils font partie, ceux de leurs associés et le numéro de leur plan médical : H. DAVIES, préc., note 170.

²¹⁴ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165.

²¹⁵ Ce pouvoir a survécu à un examen constitutionnel impliquant l'art. 7 de la *Charte* dans l'affaire *Clubb v. Saanich (District)* (1996), 46 C.R. (4th) 253 (B.C. Supreme Court).

²¹⁶ *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, préc., note 193. Il faut souligner que la loi québécoise ne contient pas une disposition similaire à celles adoptées par les législateurs de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. En effet, en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1, les organismes publics peuvent communiquer cette information seulement dans des situations limitées, comme lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un acte de violence pourrait être commis :

59.1. Outre les cas prévus à l'article 59, un organisme public peut également communiquer un renseignement personnel, sans le consentement des personnes

L'émergence des mesures provinciales de fichage inspirées des États-Unis a pressé le Parlement fédéral à examiner plus sérieusement l'idée d'une mesure pancanadienne comme la *LERDS**.

1.2.2. La *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (LERDS*)*

L'idée d'instaurer un mécanisme fédéral de fichage de la délinquance sexuelle s'est imposée lors de la 2^e session de la 37^e législature. Le 11 décembre 2002, le Gouvernement a présenté le projet de loi C-23 intitulé *Loi concernant l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*²¹⁷. À la prorogation de la session parlementaire le 12 novembre 2003, ce projet de loi est

concernées, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il existe un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable.

Les renseignements peuvent alors être communiqués à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou à toute personne susceptible de leur porter secours.

La personne ayant la plus haute autorité au sein de l'organisme public doit, par directive, établir les conditions et les modalités suivant lesquelles les renseignements peuvent être communiqués par le personnel de l'organisme. Le personnel est tenu de se conformer à cette directive.

2001, c. 78, a. 1; 2006, c. 22, a. 110.

Ainsi, pour se prévaloir de l'art. 59.1, il faut faire la preuve de trois éléments: (1) une personne ou un groupe de personnes identifiables sont exposées à un danger, (2), le danger risque d'entraîner la mort ou des blessures graves et (3) le danger doit être imminent. Voir Yvon DUPLESSIS et Jean HETU, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Loi indexée, commentée et annotée*, Brossard, Publications CCH, éditions sur feuilles mobiles, vol. 3, p. 13-3-09.

²¹⁷ *Loi concernant l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-23, (3^e lecture à la Chambre – 5 novembre 2003), 2^e sess., 37^e légis. (Can.).

cependant mort au *Feuilleton* alors qu'il avait atteint le stade de la 3^e lecture à la Chambre des Communes et avait été renvoyé au Sénat pour étude. Le 10 février 2004, la Chambre des Communes a adopté une motion prévoyant le rétablissement de tous les projets de loi mort au *Feuilleton* à la session précédente. Le projet de loi C-16, la version rétablie du projet de loi C-23, a été présenté le 12 février 2004. Il a finalement franchi toutes les étapes du processus législatif et a reçu sa sanction royale le 1^{er} avril 2004. La date de l'entrée en vigueur de la *LERDS** a été fixée par décret au 15 décembre 2004²¹⁸.

L'entrée en vigueur de la *LERDS** a donné lieu à la création du Registre national des délinquants sexuels et à la modification du *Code criminel* par l'insertion de ses dispositions aux articles 490.011 à 490.032²¹⁹. La *LERDS** délègue également aux provinces le soin d'établir par règlement des bureaux de collectes de renseignements sur la délinquance sexuelle²²⁰. À ce jour, cette première loi (la *LERDS**) a fait l'objet de deux modifications législatives. La première, en 2007, a eu pour effet d'assujettir au fichage les militaires et officiers des Forces canadiennes déclarés coupables d'une infraction désignée par une cour martiale²²¹. La deuxième modification est toute récente et change en profondeur le mécanisme de fichage découlant de la première loi (la *LERDS**)²²².

Dans les lignes qui suivent, nous nous intéresserons d'abord aux finalités poursuivies par la *LERDS** dans sa forme initiale. Nous examinerons ensuite la phase judiciaire et la phase d'exécution du fichage prévues par cette loi. Enfin, nous présenterons

²¹⁸ Décret fixant au 15 décembre 2004 la date d'entrée en vigueur de la Loi d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (Loi), C.P. 2004-25, TR/2004-0157 (Gaz. Can. II).

²¹⁹ La *LERDS* apporte également des modifications corrélatives à la Loi sur l'accès à l'information, L.R., 1985, ch. A-1, et à la Loi sur le casier judiciaire, L.R., 1985, ch. C-47.

²²⁰ Art. 18 et 19 *LERDS*.

²²¹ Loi modifiant la Loi sur la défense nationale, le Code criminel, la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et la Loi sur le casier judiciaire L.C., 2007, ch. 5; Nous n'aborderons pas les particularités liées à l'assujettissement des militaires au régime, mais ils sont essentiellement tenus aux mêmes obligations que les délinquants civils.

²²² Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels, préc., note 1.

les modifications que la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*²²³ a récemment apportées à la loi dans sa formulation originale.

1.2.2.1. Principes et objectifs fondamentaux

Les objectifs et les principes sous-jacents au fichage sont énoncés à la *LERDS** et ils sont essentiels à la compréhension et à la détermination de la nature juridique du fichage. L’art. 2 de la *LERDS** prévoit ce qui suit :

2. Objet

(1) La présente loi a pour objet, en exigeant l’enregistrement de certains renseignements sur les délinquants sexuels, d’aider les services de police à enquêter sur les crimes de nature sexuelle.

Principes

(2) La réalisation de l’objet de la présente loi repose sur les principes suivants :

- a) les services de police, pour veiller à la protection de la société au moyen d’enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle, doivent avoir accès rapidement à certains renseignements sur les délinquants sexuels;
- b) la collecte et l’enregistrement réguliers de renseignements exacts constituent le moyen le plus efficace de faire en sorte que ceux-ci soient à jour et fiables;
- c) le respect de la vie privée des délinquants et l’intérêt du public dans leur réhabilitation et leur réinsertion sociale en tant que citoyens respectueux des lois requièrent :
 - i) que les renseignements ne soient recueillis que pour permettre aux services de police d’enquêter sur des crimes dont il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu’ils sont de nature sexuelle,

²²³ *Id.*

ii) que l'accès aux renseignements, leur communication et leur utilisation soient restreints.

[Nos soulignements.]

Cet article décrit le même objectif que celui de la *Loi de Christopher*²²⁴, à savoir munir les services policiers d'un outil d'enquête efficace pour assurer la protection du public. À cet objectif s'ajoute une finalité implicite de prévention du crime, dont la reconnaissance n'a cependant pas fait l'objet de consensus. Certains ont argué que la prévention du crime n'était pas crédible, puisque l'information contenue à la banque de données ne pouvait être utilisée qu'aux seules fins d'une enquête visant à résoudre un crime déjà commis. De même, compte tenu de l'impératif de protection de la vie privée des délinquants sexuels et des contraintes de diffusion relatives aux informations contenues au Registre, les policiers eux-mêmes ont estimé qu'ils ne pouvaient pas utiliser le fichage pour prévenir activement les crimes²²⁵. Ces critiques ont joué un rôle important dans la décision de modifier la *LERDS** afin qu'elle devienne un meilleur outil de prévention du crime (comme nous le verrons *infra*). Bref, l'objectif généralement reconnu au fichage, découlant de la *LERDS** dans sa première version, est la protection de la société. On a été réticent à lui faire jouer un rôle de prévention du crime jusqu'à tout récemment.

Quant aux principes qui visent à réaliser cet objectif législatif, ils sont de deux ordres. D'abord, la *LERDS** met de l'avant des principes liés à l'accessibilité, à la fiabilité et à la qualité de l'information enregistrée²²⁶. Ensuite, elle admet l'idée que le délinquant sexuel est susceptible de se réhabiliter et par conséquent prévoit un accès restreint à l'information pour faciliter sa réinsertion sociale²²⁷. La confidentialité de l'information

²²⁴ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

²²⁵ SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, « Le Canada prend des mesures pour renforcer le registre national des délinquants sexuels et la Banque nationale de données génétiques », en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/media/nr/2010/nr20100317-1-fra.aspx> (consulté le 1er février 2011).

²²⁶ Art. 2(2)a) et b) *LERDS*

²²⁷ Art. 2(2)c)ii) *LERDS*

détenue par les policiers est plus compatible avec un droit préventif moins attentatoire aux droits fondamentaux des délinquants sexuels que les régimes de notification adoptés par les États-Unis, le Manitoba et l'Alberta. La portée plus limitée de la loi fédérale quant à l'enregistrement des données n'est toutefois qu'apparente. Les durées présomptives de l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et le rôle mineur du critère d'appréciation du risque réel de récidive criminelle n'indiquent pas, à notre avis, que la loi fédérale est préoccupée par des finalités pénologiques de réhabilitation et de réinsertion sociale des délinquants sexuels.

Pour remplir les objectifs et les principes sous-jacents au fichage, la *LERDS** instaure un processus en deux phases. En premier lieu, la *LERDS** insère au *Code criminel* des dispositions qui régissent l'émission d'une ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels. Il s'agit donc d'un processus devant un tribunal que nous qualifions de *phase judiciaire*. En deuxième lieu, une fois l'ordonnance émise par un juge, la *LERDS** contient une série de dispositions visant l'exécution de l'ordonnance d'enregistrement. Il s'agit donc d'un processus administratif que nous qualifions de *phase d'exécution*. Nous présenterons successivement les particularités de ces deux étapes : la phase judiciaire et la phase d'exécution.

1.2.2.2. La phase judiciaire

Nous avons déjà esquissé les grandes lignes de la phase judiciaire dans une section précédente. Cette étape judiciaire du fichage, faut-il le rappeler, intervient après qu'un délinquant a été déclaré coupable ou non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux d'une infraction désignée à l'art. 490.011* *C.cr.* Le poursuivant enclenche une nouvelle procédure judiciaire contre le contrevenant sexuel en demandant l'émission d'une

ordonnance judiciaire d'enregistrement. Le juge doit émettre l'ordonnance, et ce, dès que possible *après* le prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité²²⁸.

Le fait d'avoir dissocié l'émission de l'ordonnance de fichage du processus de détermination de la peine pour les délinquants sexuels est un choix du législateur qui semble avoir été motivé pour éviter que le fichage soit considéré comme une peine et relève du droit criminel. Pourtant, en pratique, le prononcé de la peine et l'émission de l'ordonnance de fichage sont intimement liés par les mêmes raisons et sont très contemporains dans le temps, même s'ils ne sont que techniquement séparés. Le juge annonce la peine imposée, puis selon le cas, énumère tout de suite les diverses ordonnances qui s'appliquent au cas d'espèce: ordonnances d'interdiction de possession d'armes²²⁹, de prélèvements génétiques²³⁰, d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (fichage)²³¹, etc. Logiquement, on devrait penser que ces ordonnances sont des peines et font partie de la sentence imposée. Cependant, d'après le libellé de l'art. 490.012(1)* *C.cr.*, au moment où il ordonne le fichage, le juge ne le ferait plus dans le cadre de la détermination de la peine, étape ultime du procès pénal. Le fait de placer le prononcé de l'ordonnance après la fin du procès pénal peut semer le doute quant à la véritable nature de

²²⁸ Art. 490.012 (1) *LERDS*.

²²⁹ Art. 109 ou 110 *C.cr.* Le libellé de ces articles est pour le moins contrastant avec celui de l'art. 490.011(1) *C.cr.* En effet, dans le cas des ordonnances d'interdiction d'armes, le législateur a utilisé, dans le cas de l'art. 109 *C.cr.* par exemple, un libellé qui sous-entend qu'il s'agit d'une peine ou d'une condition faisant partie de la peine : « Le tribunal, doit, en plus de tout autre peine qu'il lui inflige ou de toute autre condition qu'il lui impose dans l'ordonnance d'absolution, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession des armes à feu, [...] ». Un libellé similaire est utilisé à l'art. 110 *C.cr.* La formulation est donc différente de celle utilisée pour le fichage, puisque dans ce dernier cas, le fait de prononcer l'ordonnance à l'extérieur de la phase de détermination de la peine sème le doute quant à sa nature.

²³⁰ Art. 487.04 et suivants *C.cr.* Dans le cas des ordonnances de prélèvements génétiques, l'art. 487.053(1) *C.cr.* indique que le juge peut rendre l'ordonnance « lors du prononcé de la peine, du verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou de l'absolution en vertu de l'article 730 ». À première vue, cela semble favoriser une interprétation voulant que l'ordonnance en question soit de nature punitive, faisant partie du processus de détermination de la peine ou du verdict de culpabilité. Or, la Cour Suprême a statué qu'il ne s'agissait pas d'une peine : *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554. Quoiqu'il en soit, on peut constater que les formulations utilisées diffèrent pour des ordonnances pourtant similaires.

²³¹ Art. 490.012(4)* *C.cr.*

cette ordonnance. Les tribunaux supérieurs n'y ont vu que du feu et ont statué que cette ordonnance n'était pas de nature punitive.

La phase judiciaire prévue au *Code criminel* comporte deux véhicules s'appliquant aux délinquants sexuels et qui sont somme toute assez similaires : le régime prospectif²³² et le régime rétrospectif²³³. Le premier s'intéresse aux délinquants incriminés et condamnés après l'entrée en vigueur de la *LERDS**, tandis que le second s'attarde aux délinquants sexuels qui purgeaient une peine ou étaient inscrits au registre ontarien au moment où la *LERDS** est devenue effective. Nous présenterons maintenant tour à tour les deux mécanismes.

1.2.2.2.1. Les dispositions d'application prospective

L'art. 490.012* *C.cr.* prévoit que, *sur demande du poursuivant*, le tribunal doit dès que possible après le prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité enjoindre le délinquant de se conformer à la *LERDS**. Le juge n'a donc pas la compétence pour soulever *proprio motu* l'applicabilité du fichage²³⁴. Si le poursuivant en fait la demande et si le délinquant ne fait pas la preuve qu'il doit être exempté de l'enregistrement, le juge n'a aucune initiative et discrétion judiciaire: l'art. 490.012* *C.cr.* l'oblige à émettre l'ordonnance, et ce, sans égard au risque de récidive.

²³² Prévu par les art. 490.012 à 490.018 *C.cr.*

²³³ Prévu par les art. 490.019 à 490.029. Voir Gary R. CLEWLEY and Paul G. McDERMOTT, *Sentencing: The Practitioner's Guide, loose-leaf edition*, Aurora, Canada Law Book, April 2008, No. 26, p. 1-30.18a.

²³⁴ Dans l'affaire *R. v. B.E.R.*, 2005 BCCA 420, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté un appel de la poursuite relativement à un jugement ayant refusé d'émettre une ordonnance d'enregistrement au motif que l'application du régime avait été initialement soulevé par le juge; voir aussi *R. v. Turnbull*, 2006 NLCA 66, au par. 35.

Cependant, avant d'émettre l'ordonnance demandée par le poursuivant, le juge doit s'enquérir auprès du délinquant s'il désire formuler une demande d'exemption en vertu de l'art. 490.012(4)* *C.cr.* Le *Code* ne formule pas cette exigence procédurale de façon explicite, mais les tribunaux d'appel ont statué que le juge avait l'obligation de porter à la connaissance du contrevenant l'existence du mécanisme d'exemption²³⁵. Le libellé du dispositif d'exception est le suivant :

(4) [Exception] Le tribunal n'est toutefois pas tenu de rendre l'ordonnance s'il est convaincu que l'intéressé a établi que celle-ci aurait à son égard, notamment sur sa vie privée ou sa liberté, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt que présente, pour la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle, l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels prévu par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*²³⁶.

Cette disposition impose donc au contrevenant le fardeau de la preuve qu'il peut être exempté. Comme le législateur a postulé que *tous* les délinquants sexuels présentaient un danger pour la société, il ne faut pas se surprendre qu'il exige du contrevenant de faire la preuve qu'il ne devrait pas faire l'objet d'une ordonnance d'enregistrement vu l'impact démesuré que cela aurait sur sa vie privée ou sa liberté. Or, si le fichage était une peine, le législateur aurait dû soumettre la preuve des facteurs aggravants à la norme du hors de tout doute raisonnable, en vertu de l'art. 724(3)e) *C.cr.* Les prétentions à l'appui du fichage dans un cas particulier, comme le risque élevé de récidive criminelle, constituent des facteurs aggravants que le poursuivant devrait prouver hors de tout doute raisonnable. En dissociant le fichage de la délinquance sexuelle de la peine, le législateur évite ainsi d'imposer un fardeau supplémentaire au poursuivant.

²³⁵ *R. v. Turnbull, id.*, par. 43; *R. v. T.L.B.*, 2007 ABCA 135, par. 10; *R. v. T.C.*, préc., note 70, par. 36; *R. v. Butz*, 2009 SKCA 142.

²³⁶ Art. 490.012(4)* *C.cr.*

Si le délinquant n'utilise pas le mécanisme d'exemption ou s'il ne convainc pas le juge qu'il doit en bénéficier²³⁷, le juge doit émettre l'ordonnance selon la Formule 52 prévue au *Code* et doit veiller à ce que l'ordonnance soit lue au délinquant, qu'une copie lui soit remise et qu'il soit informé de ses obligations en vertu de la *LERDS**²³⁸. Le *Code* impose par ailleurs au juge une obligation de motivation, laquelle doit être suffisante pour permettre un examen de sa décision en appel²³⁹ – l'appel étant autorisé en vertu de l'art. 490.014* *C.cr.* pour tout motif de droit ou mixte de droit et de fait²⁴⁰.

La durée de l'ordonnance émise par le juge est elle-même prévue à l'art. 490.013* *C.cr.* et, faut-il le rappeler, est fonction de la gravité objective du crime. Le juge n'a aucune discrétion judiciaire à cet égard²⁴¹ et la durée de l'ordonnance commence à la date où elle

²³⁷ Dans une affaire de la Saskatchewan, le juge avait refusé d'émettre l'ordonnance alors que le délinquant n'avait même pas cherché à être exempté du régime conformément à 490.012(4)* *C.cr.* La Cour d'appel, après avoir souligné cet état de fait, est intervenue et a ordonné l'enregistrement, tout en notant que le juge avait erronément refusé l'ordonnance au motif que le régime ne s'appliquait qu'aux prédateurs sexuels, aux récidivistes et aux délinquants à haut risque. Il semble donc que dans cette affaire, le fait que le juge ait exempté le délinquant sans que celui-ci ait invoqué l'al. 490.012(4)* *C.cr.* ait constitué une erreur de droit justifiant l'intervention vue par ailleurs la conception erronée du juge quant au champ d'application du régime. En l'absence d'une pareille erreur, il n'est pas certain que le résultat aurait été le même. Il s'agit de l'arrêt *R. v. Kasokeo*, 2009 SKCA 48.

²³⁸ Art. 490.018(1)a), b), c) *C.cr.*

²³⁹ *R. v. Turnbull*, préc., note 234, par. 41. En outre, l'art. 490.012(5)* *C.cr.* souligne que « la décision doit être motivée », ce qui renvoie nécessairement à l'exception prévue à l'art. 490.012(4)* *C.cr.* L'absence ou l'insuffisance de motivation constitue du reste une erreur de droit susceptible de justifier une intervention en appel.

²⁴⁰ L'instance d'appel a compétence pour rejeter l'appel, l'accueillir et ordonner une nouvelle audition, annuler l'ordonnance attaquée ou rendre une ordonnance en application de l'art. 490.014 *C.cr.* Appelée à rectifier une ordonnance émise pour une durée de dix ans alors qu'elle aurait dû l'être pour vingt ans, le juge en chef Drapeau de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que l'art. 490.014 *C.cr.* gagnerait à être reformulé, car sa formulation actuelle n'autorise pas les tribunaux d'appel à procéder à la rectification de l'ordonnance rendue, ni à accueillir l'appel afin de renvoyer l'ordonnance devant le juge qui l'a émise afin qu'il l'a modifie selon les directives de la Cour d'appel. Cela étant, dans la situation de cette affaire, le juge Drapeau a conclu qu'en application de l'art. 490.014 *C.cr.*, il devait annuler l'ordonnance émise par la première juge et rendre une nouvelle ordonnance selon la formule 52. Il s'agit de l'arrêt *R. c. S.M.*, 2005 NBCA 111.

²⁴¹ *R. v. S.M.*, *id.*; *R. v. Otcheek*, 2009 MBCA 88.

est prononcée²⁴². Le délinquant peut toutefois présenter une demande de révocation de l'ordonnance après un certain délai d'exécution²⁴³.

Ce mode de fonctionnement du régime prospectif vise les situations qui sont survenues après le 15 décembre 2004, date de l'entrée en vigueur de la *LERDS**. Or, le législateur a également prévu des dispositions d'application rétrospective qu'il convient d'étudier maintenant.

1.2.2.2.2. Les dispositions d'application rétrospective

Le mécanisme instauré par les dispositions rétrospectives est très similaire au régime prospectif. Cependant, certaines particularités méritent d'être soulignées. D'abord, le processus est enclenché par la signification d'un avis du procureur général de la province

²⁴² Art. 490.013(1) *C.cr.*

²⁴³ Le tribunal compétent est la Cour supérieure si cette dernière a rendu au moins une ordonnance intéressant le délinquant en application de l'art. 490.012 *C.cr.* Sinon, le délinquant doit s'adresser à une cour de juridiction criminelle (art. 490.015(6)a) *C.cr.*). Pour que sa demande soit recevable, il doit attendre l'écoulement d'un certain délai prévu au *Code*. En vertu de l'art. 490.015(1) et (2) *C.cr.*, la demande de révocation peut être présentée après cinq ans si l'ordonnance est d'une durée de dix ans, après dix ans si l'ordonnance est d'une durée de vingt ans, ou après vingt ans si l'ordonnance est d'une durée à perpétuité soit en raison de la gravité objective du crime ou du fait que le délinquant est un récidiviste. Finalement, il convient de spécifier que si le contrevenant obtient sa réhabilitation, les délais d'attente ne s'appliquent pas. En effet, dans un tel cas, le délinquant peut présenter sa demande de révocation dès qu'il obtient son pardon (art. 490.015(3) *C.cr.*). La demande de révocation doit porter sur toutes les ordonnances de fichage en vigueur, peu importe qu'il s'agisse d'ordonnances émises en vertu du régime prospectif ou rétrospectif (art. 490.015(4) *C.cr.*). Le fardeau de preuve que le délinquant doit satisfaire est similaire à celui qui lui est imposé pour bénéficier de l'exception de l'art. 490.012(4)* *C.cr.* En effet, l'art. 490.016(1) *C.cr.* prévoit que le juge peut accueillir la demande s'il est convaincu que l'intéressé a établi que le maintien des ordonnances « aurait à son égard, notamment sur sa vie privée ou sa liberté, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt que présente, pour la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle, l'enregistrement de renseignements [...] ». La décision doit par ailleurs être motivée (art. 490.016(2) *C.cr.*). Si la demande de révocation est refusée, le délinquant doit attendre cinq ans avant de pouvoir présenter une nouvelle requête, à moins qu'il n'obtienne entre temps sa réhabilitation (art. 490.015(5) *C.cr.*). Finalement, la décision est sujette à l'appel pour tout motif de droit ou mixte de droit et de fait (art. 490.017 *C.cr.*). L'instance d'appel peut soit rejeter l'appel, soit l'accueillir et ordonner une nouvelle audition, annuler l'ordonnance de révocation ou la prononcer selon l'art. 490.016(1) *C.cr.*

ou du ministre de la Justice à l'endroit des délinquants qui, à la date d'entrée en vigueur de la *LERDS**, étaient encore assujettis à une peine ou qui n'avaient pas obtenu leur libération inconditionnelle, ou encore à ceux dont le nom figurait déjà au registre établi par la *Loi de Christopher*²⁴⁴. L'avis signifié correspond à la Formule 53²⁴⁵.

À la réception de l'avis, le délinquant peut s'adresser dans l'année qui suit à la cour de juridiction criminelle pour demander d'être dispensé de son obligation d'enregistrement en vertu de la *LERDS**. Le régime rétrospectif donne droit à une décision motivée et prévoit un droit d'appel à l'égard de la dispense²⁴⁶. D'ailleurs, notons que le législateur n'utilise pas l'expression « exemption » de l'art. 490.012(4)* *C.cr.*, mais qu'il emploie plutôt la notion de « dispense ». Pourtant, le fardeau que le délinquant sexuel doit satisfaire dans le régime rétrospectif pour être dispensé est le même que celui exigé du délinquant sexuel qui désire être exempté en vertu du régime prospectif. Ainsi, les commentaires que nous formulerons relativement aux deux courants jurisprudentiels concernant le régime d'exemption portent indistinctement sur le régime prospectif et rétrospectif.

Le délinquant qui reçoit une signification selon la Formule 53 doit s'enregistrer, et ce, même s'il veut se prévaloir de son droit de demander la dispense. Si la dispense lui est éventuellement accordée, la Cour de juridiction criminelle ou, le cas échéant, la Cour d'appel ordonnera la radiation de tous les renseignements qui le concernent dans la banque de données²⁴⁷. Ce régime témoigne de l'importance des finalités préventives conférées par le législateur à la loi, et ce, sans grande considération à l'égard des droits fondamentaux des justiciables. Son objectif est de garantir un fichage aussi extensif que possible sans même vérifier le risque réel de récidive criminelle du contrevenant.

²⁴⁴ Art. 490.02(1) *C.cr.*

²⁴⁵ Art. 490.019 *C.cr.*

²⁴⁶ Art. 490.023(3) et 490.024 (1) *C.cr.*

²⁴⁷ Art. 490.023(4) et 490.024(2) *C.cr.*

Enfin, la durée de l'obligation d'enregistrement dans le régime rétrospectif est aussi fonction de la gravité objective du crime commis et les durées prévues sont les mêmes que celles sous le régime prospectif²⁴⁸. Cependant, dans certaines situations, l'obligation d'enregistrement s'éteint autrement que par l'échéance de l'ordonnance. Par exemple, l'ordonnance s'éteint si la dispense est accordée au délinquant, si son assujettissement au fichage ontarien prend fin ou s'il s'adresse avec succès au tribunal compétent pour demander la révocation de l'ordonnance de fichage²⁴⁹.

Les dispositions du *Code* démontrent que le législateur a créé deux mécanismes, l'un prospectif et l'autre rétrospectif, afin de fichier le plus grand nombre de délinquants sexuels (passés, présents et futurs). Comme nous l'avons vu précédemment, ce caractère extensif du fichage n'est pas justifié par les données scientifiques sur le risque réel de récidive en matière de délinquance sexuelle. De plus, la phase judiciaire est organisée autour de principes dérogoires à l'imposition d'une peine selon les principes fondamentaux de justice punitive. Ce n'est que si le délinquant demande d'être exempté ou dispensé que des considérations personnelles interviendront et qu'une certaine individualisation du processus existera. En tout état de cause, si les principes pénologiques exigent du poursuivant de faire la preuve hors de tout doute raisonnable d'un facteur aggravant²⁵⁰, les régimes d'exemption et de dispense exigent du condamné le fardeau d'être exempté ou dispensé d'une punition ou d'une stigmatisation plus sévère.

1.2.2.3. La phase d'exécution

²⁴⁸ Art. 490.022(3) *C.cr.*

²⁴⁹ Art. 490.022(2) *C.cr.* Le délinquant peut demander à la cour de juridiction criminelle l'extinction de son obligation s'il n'est pas visé par une ordonnance en vertu du régime prospectif. Cette demande d'extinction de l'obligation fonctionne de la même manière que la demande de révocation du régime prospectif et est régie par les articles 490.026 à 490.029 *C.cr.*

²⁵⁰ Art. 724(3)e) *C.cr.*

Une fois la phase judiciaire complétée, il faut expliquer comment fonctionne l'enregistrement. D'abord, si l'ordonnance d'enregistrement est valide à compter de son prononcé²⁵¹, elle devient exécutoire, selon le cas, (1) au moment de son prononcé lorsqu'aucune peine d'emprisonnement n'a été infligée au délinquant sexuel, (2) à la libération inconditionnelle ou sous conditions du délinquant en cas de verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux, (3) à la mise en liberté du contrevenant en attendant l'appel relatif à la condamnation ou (4) à la mise en liberté conditionnelle du délinquant purgeant une peine d'emprisonnement²⁵². Dès que l'ordonnance devient exécutoire, le délinquant dispose d'un délai de quinze jours pour comparaître en personne au bureau d'inscription du secteur où se trouve sa résidence principale²⁵³.

Les provinces établissent par règlements les bureaux d'inscription. Au Québec, le *Règlement du Québec sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* prévoit que les membres de la Sûreté du Québec, d'un corps de police municipale et d'un service de police autochtone sont autorisés à recueillir lesdits renseignements²⁵⁴. L'annexe du même règlement fait l'énumération de plus de 150 postes de police qui servent de bureaux d'inscription. Le Règlement établit aussi le *Centre québécois d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels de la Sûreté du Québec*, qui est situé à Montréal et joue le rôle de bureau d'inscription pour l'ensemble de la province²⁵⁵. Ce centre veille à rassembler et à consolider les renseignements recueillis par les divers bureaux d'inscription

²⁵¹ Art. 490.013(1) *C.cr.*

²⁵² Art. 4(1) *LERDS**. Le *Code criminel* prévoit que la Commission d'examen doit veiller à remettre au délinquant une copie de son ordonnance lorsqu'elle prend la décision de la libérer inconditionnellement ou sous conditions. De même, le responsable du lieu où le délinquant purge la partie privative de sa peine ou du lieu où il est détenu avant sa mise en liberté ou sa libération doit lui remettre une copie de l'ordonnance au plus tard dix jours avant cet événement (Art. 490.018(3), (4) *C.cr.*)

²⁵³ *Id.*, art. 4(1) et 7.1. La *LERDS** précise en outre que le délinquant ne peut pas quitter le Canada avant d'avoir satisfait à son obligation de comparution initiale : art. 4(4) *LERDS**.

²⁵⁴ *Règlement du Québec sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, DORS/2005-6, art. 3.

²⁵⁵ *Id.*, art. 2.

répartis à travers la province²⁵⁶. Il y a dans ce cadre législatif un processus analogue à celui de collecte et de consolidation des données de bertillonnage et d'empreintes digitales en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*²⁵⁷.

Lorsque le délinquant comparait pour la première fois en personne au bureau d'inscription de son secteur²⁵⁸, il doit fournir au préposé à la collecte plusieurs informations personnelles²⁵⁹. Le préposé à la collecte est également autorisé à prendre le délinquant en photo et à consigner toute caractéristique apparente qui permet son identification²⁶⁰. À cet égard, il faut souligner que les renseignements recueillis en vertu de la *LERDS** vont bien au-delà de la prise d'empreintes digitales, de photographie et de mensuration autorisée par la *Loi sur l'identification des criminels*²⁶¹. En effet, elle nécessite la collecte de renseignements comme l'adresse personnelle du délinquant, ainsi que les coordonnées de son lieu d'emploi ou de formation. Le délinquant est donc soumis à un double régime, à savoir celui du bertillonnage de la *Loi sur l'identification des criminels*²⁶² et celui du fichage de la *LERDS**.

Après cette première comparution initiale, le délinquant doit se rapporter en personne au bureau d'inscription de son secteur chaque année; il doit également le faire au plus tard quinze jours après avoir changé de résidence principale ou secondaire, ou après

²⁵⁶ *Id.*, art. 4.

²⁵⁷ *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. 1985, ch. I-1.

²⁵⁸ Dans le cas d'un délinquant sexuel mineur faisant l'objet d'une ordonnance d'enregistrement, la loi prévoit qu'il peut être accompagné d'un adulte de son choix au moment de satisfaire son obligation de comparution : Art. 7 *LERDS**.

²⁵⁹ Ses nom et prénom ainsi que tout nom d'emprunt, sa date de naissance et son sexe, l'adresse et le numéro de téléphone de sa résidence principale et secondaire, l'adresse et le numéro de téléphone de tout lieu où ses services ont été retenus à titre de salarié, d'agent contractuel ou de bénévole, l'adresse de tout établissement d'enseignement qu'il fréquente, le numéro de téléphone de tous ses téléphones mobiles ou téléavertisseurs, de même que sa taille, son poids et une description de toutes les marques physiques qui le distinguent : *Id.*, art. 5(1).

²⁶⁰ Au titre des caractéristiques apparentes, la loi précise la couleur des yeux et des cheveux : *Id.*, art. 5(3).

²⁶¹ Art. 2 *Loi sur l'identification des criminels*, préc., note 257.

²⁶² *Id.*

avoir fait un changement de nom²⁶³. Entre chaque comparution annuelle, si le délinquant séjourne à l'extérieur de sa résidence principale, il doit en aviser le préposé à la collecte du bureau d'inscription de son secteur²⁶⁴. La *LERDS** prévoit que dans le cas de ces séjours prolongés à l'extérieur de sa résidence, le délinquant ne peut pas être contraint de comparaître en personne²⁶⁵.

La *LERDS** impose aux préposés à la collecte de renseignements des devoirs spécifiques. D'abord, le préposé a le devoir d'informer sans délai le délinquant des obligations qui lui incombent et de l'aviser des informations qu'il a le droit de consigner²⁶⁶. Outre le devoir de recueillir les informations fournies par le délinquant et celles contenues à l'ordonnance²⁶⁷, le préposé doit s'assurer que la collecte de l'information ait lieu d'une manière et dans des circonstances qui permettent de garantir la confidentialité²⁶⁸ et le respect de la vie privée du contrevenant²⁶⁹. Le préposé doit par la suite procéder à l'enregistrement des renseignements dans la banque de données, et ce, toujours en veillant à la confidentialité du processus²⁷⁰.

²⁶³ Art. 4.1 *LERDS**. Si le délinquant se trouve à l'extérieur du Canada au moment où il doit comparaître, il doit se rapporter à son bureau d'inscription au plus tard quinze jours après son retour au Canada : art. 4.3 *LERDS**.

²⁶⁴ Art. 6 *LERDS**. S'il séjourne à l'extérieur de sa résidence tout en demeurant au Canada pour plus de quinze jours consécutifs, le contrevenant doit fournir l'adresse de son lieu de séjour, de même que les dates réelles ou prévues de son départ et de son retour, et ce, au plus tard quinze jours après son départ. S'il séjourne plutôt à l'extérieur du Canada pour plus de quinze jours consécutifs, le délinquant doit fournir la date réelle ou prévue de son départ. Dans les deux cas, le délinquant doit informer de son retour effectif au plus tard quinze jours après celui-ci.

²⁶⁵ Il doit plutôt envoyer un avis par courrier recommandé ou selon les modalités prévues au règlement provincial : Art. 6(2) *LERDS**. Le *Règlement du Québec sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* précise que le délinquant peut aviser son bureau d'inscription par téléphone, par télécopieur ou par courrier électronique : *Règlement du Québec sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, préc., note 254, art. 2(2).

²⁶⁶ Art. 9(1) *LERDS**.

²⁶⁷ Art. 8(1)a) *LERDS**.

²⁶⁸ Art. 8(1)b) et 9(4)b) *LERDS**.

²⁶⁹ Art. 9(4)a) *LERDS**.

²⁷⁰ Art. 10 *LERDS**.

La *LERDS** contient en outre des dispositions quant à la gestion des renseignements par la Gendarmerie Royale du Canada²⁷¹. L'information est confidentielle²⁷², mais elle peut être accessible à des fins de recherche ou de statistiques si cela ne permet pas l'identification des délinquants inscrits²⁷³. Elle peut également être utilisée par les policiers s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'un crime de nature sexuelle a été commis – ce qui exclurait donc l'utilisation des renseignements à titre préventif²⁷⁴. De même, les renseignements relatifs à un délinquant sexuel qui sont contenus dans la banque de données peuvent être détruits si le délinquant sexuel est acquitté de manière définitive, ou s'il obtient un pardon absolu en vertu de la prérogative royale ou de l'art. 748 *C.cr.* à l'égard de chaque infraction à l'origine d'une ordonnance d'enregistrement²⁷⁵.

Enfin, soulignons que le délinquant qui omet sans excuse raisonnable de se soumettre à son obligation d'enregistrement en vertu du régime prospectif ou rétrospectif s'expose à une poursuite criminelle²⁷⁶ en vertu de l'art. 490.031* *C.cr.*²⁷⁷

La phase d'exécution du fichage canadien démontre que les obligations qui incombent aux délinquants sexuels ne sont ni minimales, ni passagères. Elles peuvent au contraire être qualifiées d'intrusives et d'exorbitantes puisqu'elles découlent dans la plupart

²⁷¹ Art. 14 *LERDS**. De même, la *LERDS** prévoit que quiconque, sciemment, exerce un pouvoir qui ne lui est pas attribué par la *LERDS*, consulte, compare, communique ou utilise l'information alors qu'il lui est interdit de le faire est coupable d'une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, un emprisonnement maximal de six mois et une amende maximale de 10 000 \$, ou l'une de ces peines : Art. 17 *LERDS**.

²⁷² Art. 16 *LERDS**.

²⁷³ Art. 13 *LERDS**.

²⁷⁴ Art. 16(2)a) *LERDS**.

²⁷⁵ Art. 15(2), (3) *LERDS**.

²⁷⁶ Art. 490.031 *C.cr.* S'il s'agit de son premier défaut, il peut être poursuivi sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et encourt une peine d'emprisonnement maximal de six mois et une amende maximale de 10 000 \$, ou l'une de ces peines. S'il s'agit d'un cas de récidive, il peut être poursuivi par procédure sommaire, auquel cas la peine est la même que celle que nous venons d'exposer; il peut aussi être poursuivi par voie de mise en accusation et dans un tel cas, il encourt une peine d'emprisonnement maximal de deux ans et une amende maximale de 10 000 \$, ou l'une de ces peines.

²⁷⁷ Art. 490.031(1)a) *C.cr.*

des cas d'une gestion grossière et imparfaite du risque réel de récidive criminelle. Tant que l'ordonnance d'enregistrement est en vigueur, l'État exerce un contrôle continu sur les allées et venues du délinquant sexuel en exigeant qu'il communique tout changement d'adresse ou tout déplacement prolongé. Pour répondre aux préoccupations idéologiques sécuritaires, on requiert également une comparution annuelle – on s'assure ainsi de mettre à jour l'information relative à l'apparence du délinquant, par exemple. Le tout ressemble à des restrictions équivalentes de la liberté d'un justiciable assujetti à une ordonnance de probation, laquelle constitue une institution punitive et une sentence selon le *Code criminel*.

En résumé, cet examen du fichage fédéral démontre qu'à l'origine on ne prévoyait pas un régime automatique de fichage, contrairement au choix fait en Ontario. Sous la *LERDS**, le juge dispose néanmoins d'une discrétion judiciaire limitée quant à l'émission d'une telle ordonnance si l'exemption ou la dispense est opportune, ce qui peut être un contrepoids à la portée très extensive du fichage. Or, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*²⁷⁸, même cette discrétion judiciaire limitée disparaît.

1.2.3. La *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*

La *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels* a été promulguée le 15 décembre 2010. Elle est entrée en vigueur le 15 avril 2011 et elle a changé de manière substantielle le régime de la *LERDS** que nous venons de présenter, et ce, tant à l'égard de la phase judiciaire que de la phase d'exécution du fichage. Avant de faire la présentation des modifications, il faut rappeler et souligner deux critiques formulées à l'égard du système établi par l'ancienne version du fichage. Ces critiques ont en effet inspiré la

²⁷⁸ *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, préc., note 1.

transformation de la *LERDS**. Ces remarques critiques ont été faites devant le Comité permanent de la sécurité nationale et publique responsable de la révision de la *LERDS**²⁷⁹.

D'abord, les policiers qui ont témoigné devant le Comité permanent ont souligné que la *LERDS** ne leur permettait pas de prévenir activement le crime, puisqu'ils pouvaient consulter la banque de données dans le seul cadre d'une enquête sur un crime dont la nature sexuelle est patente. Souvent, les policiers ne soupçonnent pas être en présence d'un crime de nature sexuelle et c'est au cours de l'enquête qu'ils le découvrent. Dans de tels cas, des policiers ont prétendu que la *LERDS** entravait leur travail puisqu'ils ne pouvaient avoir accès à la banque de données de la *LERDS** pour mener à bien leur enquête²⁸⁰.

L'autre critique concerne le fait que le fichage soit enclenché à la suite de l'unique initiative du poursuivant. Malgré le caractère étendu du fichage selon la loi, dans les faits, il n'y aurait que 50 % des délinquants sexuels condamnés pour une infraction désignée qui feraient l'objet d'une ordonnance de fichage²⁸¹. Malgré des statistiques variables sur ce point, on peut formuler quelques hypothèses sur l'apparente restriction personnelle des procureurs de réclamer l'ordonnance de fichage : les négociations sur la peine ou carrément, l'oubli d'un procureur de demander l'émission d'une ordonnance d'enregistrement en raison du volume de travail. On peut également penser que les procureurs font une application raisonnable de la *LERDS**. On a donc plaidé devant le Comité permanent en faveur d'un fichage encore plus extensif.

²⁷⁹ Art. 21.1 *LERDS**; PARLEMENT DU CANADA, « Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale. Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels », (en ligne) : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4277019&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=F> (consulté le 31 janvier 2011).

²⁸⁰ BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, « Résumé législatif. Projet de loi S-2 : Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels », (en ligne) : http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=s2&source=library_prb&Parl=40&Ses=3&Language=F (consultée le 3 mars 2011).

²⁸¹ Ce chiffre varie cependant d'une province à une autre : *id.*

Avec la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, le législateur prend acte de ces critiques et les faits siennes. D’abord, la nouvelle loi modifie la *LERDS** en élargissant son objectif à « [...] aider les services de police à *prévenir* les crimes de nature sexuelle et à enquêter sur ceux-ci »²⁸². En rendant ainsi explicite la finalité de prévention du crime, on vise à répondre aux préoccupations des services policiers qui considèrent que la *LERDS** entravait leur travail. Les pouvoirs des services policiers quant à l’utilisation et à la communication des renseignements sont par conséquent élargis²⁸³.

En vertu des nouvelles dispositions, un délinquant dispose d’un délai plus court pour procéder à sa comparution initiale auprès des services policiers (soit sept jours au lieu de quinze jours) et aviser de tout changement le concernant²⁸⁴. On demande au contrevenant sexuel de fournir plus de renseignements, à savoir « le numéro de [s]a plaque d’immatriculation, la marque, le modèle, le type de carrosserie, l’année de fabrication et la couleur de tout véhicule à moteur immatriculé à son nom ou qu’il utilise régulièrement »²⁸⁵. La réduction du délai pour comparaître et les nouvelles informations requises sont des preuves que le législateur a une conception monolithique et imaginaire du délinquant sexuel : il serait un prédateur sexuel. En ce sens, la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels* constitue une véritable expression politique de la communauté de peur à laquelle réfère Beck et perpétue la méconnaissance du législateur sur la criminalité sexuelle.

La *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels* ajoute un nouvel art. 15.1 à la *LERDS* dont l’objectif est de favoriser la communication entre les services correctionnels et les forces policières. En vertu de cet article, le Service correctionnel du Canada ou un responsable d’un établissement correctionnel provincial est dorénavant autorisé à

²⁸² *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, préc., note 1, art. 28.

²⁸³ *Id.*, art. 44.

²⁸⁴ *Id.*, art. 30, 31, 33, 35 et 36.

²⁸⁵ *Id.*, art. 34(2).

communiquer au préposé à la collecte de renseignements (1) la date à laquelle un délinquant est écroué, (2) l'absence temporaire du délinquant du pénitencier ou de la prison ainsi que son lieu de séjour, et (3) la date de sa libération conditionnelle ou définitive²⁸⁶.

La phase judiciaire du fichage est modifiée de façon importante également. Le juge doit désormais *automatiquement* émettre une ordonnance d'enregistrement *lors* du prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux – et non plus après le prononcé de la peine, comme c'était le cas avec l'ancien art. 490.012* *C.cr.* La mesure d'exemption prévue par l'art. 490.012(4)* *C.cr.* est pour sa part abrogée²⁸⁷. Il y a donc élimination d'un côté de l'exigence voulant que la poursuite fasse d'abord la demande d'une ordonnance de fichage et de l'autre, de la discrétion judiciaire dans l'évaluation d'une demande d'exemption ou de dispense²⁸⁸. On a par conséquent émission judiciaire impérative d'une ordonnance au moment de l'imposition de la sentence. Le caractère obligatoire de l'ordonnance constitue une preuve supplémentaire de la priorité accordée au droit pénal préventif en matière de fichage de la délinquance sexuelle.

Le Comité permanent de la sécurité publique et nationale, il convient de le préciser, ne recommandait pas l'élimination de la discrétion judiciaire. En effet, dans sa deuxième recommandation, le Comité estimait que l'enregistrement devrait être automatique, mais que le juge pouvait la refuser dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire si le fichage avait un effet nettement démesuré sur la vie privée et la liberté du contrevenant par

²⁸⁶ *Id.*, art. 43.

²⁸⁷ *Id.* Le dispositif de dispense demeure toutefois au *Code criminel*.

²⁸⁸ Il faut toutefois préciser qu'avec les nouvelles dispositions, dans les cas d'infractions désignées aux al. b) et f) (c'est-à-dire les infractions qui ne sont pas de nature sexuelle, mais qui sont commises avec l'intention de faire un crime de nature sexuelle), le poursuivant devra continuer à enclencher le processus en formulant une demande en ce sens au juge : *Id.*, art. 5. De même, il importe de noter qu'il sera toujours possible pour un délinquant de demander, selon le cas, la révocation ou l'extinction de l'ordonnance – c'est seulement la possibilité de demander une exemption qui est abrogée.

rapport à l'intérêt public²⁸⁹. Le comité reconnaissait donc l'utilité du dispositif d'exemption de l'ancien art. 490.012(4)* *C.cr.*, mais le législateur a opiné autrement. Peut-être le Comité était-il conscient de la vulnérabilité constitutionnelle de ce régime obligatoire absolu, on peut également le penser.

Finalement, La *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels* élargit le champ d'application du fichage afin d'y inclure une nouvelle catégorie de contrevenants. Ce sont les personnes qui s'établissent au Canada après l'entrée en vigueur des modifications législatives et qui ont commis à l'étranger une infraction désignée à l'al. a) de l'art. 490.011 *C.cr.* Dorénavant ces personnes seront assujetties au fichage. À cette fin, la Formule 54 est intégrée au *Code criminel* et le procureur général de la province ou le Ministre de la Justice doit la faire signifier en personne au nouvel arrivant²⁹⁰. L'assujettissement des nouveaux arrivants au système de fichage démontre une fois de plus que ce sont les idéologies de la peur, de la prévention et de la sécurité qui ont présidé à l'élaboration du fichage canadien. On peut se demander de toute façon si en connaissant le passé criminel de cette personne, elle peut obtenir un quelconque statut au Canada!

1.3. Conclusion du premier chapitre

En guise de conclusion à notre première partie, nous dégageons les remarques suivantes. La *LERDS** choisit de faire un traitement égal de la délinquance sexuelle sans tenir compte des caractéristiques différentes des contrevenants sexuels. Ce traitement indifférencié résulte du caractère trop extensif donné au concept d'infraction désignée, de son mécanisme d'application quasi automatique, d'une non-application du risque réel de

²⁸⁹ PARLEMENT DU CANADA, « Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale. Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels », préc., note 279.

²⁹⁰ Art. 19 *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, préc., note 1.

récidive criminelle des divers contrevenants, et de la durée excessive des ordonnances sans évaluation du mérite d'un très long fichage policier.

Il est par ailleurs difficile de justifier ce traitement indifférencié de la délinquance sexuelle qui s'incarne dans des réalités multiples. Contrairement à une opinion répandue, les crimes sexuels sont souvent commis par un membre de la famille ou une connaissance de la victime. De même, la croyance populaire que le délinquant sexuel est un prédateur est omniprésente et donne lieu à une distorsion de la réalité au sujet de la criminalité sexuelle. Pourtant, la *LERDS** vise justement à neutraliser le risque que présentent le véritable pédophile et le prédateur sexuel. Contrairement à l'opinion publique, les délinquants sexuels ne sont pas tous des récidivistes, loin de là. Et lorsque certains d'entre eux récidivent, plusieurs nuances doivent être faites quant au degré de risque en fonction du type d'infractions sexuelles. Or, la *LERDS** opère à partir d'une généralisation quant au danger que représentent également tous les délinquants sexuels. En vertu de cette fausse prémisse, on a élaboré la loi en faisant fi des principes généraux de détermination de la peine, dont celui de l'individualisation de la sentence et celui de la proportionnalité au nom de la soi-disant meilleure gestion des risques que présentent les contrevenants sexuels en tant que groupe. En d'autres termes, c'est le risque du groupe couplé à la gravité objective des infractions désignées qui président à la nécessité du fichage.

En étudiant la législation et les mécanismes de fichage au Canada de façon chronologique, nous avons pu noter les influences déterminantes dans l'élaboration et la mise en œuvre de la *LERDS**, en particulier l'influence des *Megan's Laws* américaines. Les lois canadiennes partagent plusieurs caractéristiques avec ces lois américaines. Pareillement, elles sont fondées sur une amplification du danger que présentent les délinquants sexuels, elles postulent un traitement similaire du risque de récidive criminelle en matière de délinquance sexuelle et elles confèrent une portée extensive à son régime

d'application au détriment des droits fondamentaux des contrevenants sexuels. En fait, nous pouvons conclure que le fichage canadien est une mesure de type américain.

La *LERDS**, nous le savons maintenant, a été précédée d'initiatives provinciales. Certaines de ces mesures, dont celles de l'Alberta et du Manitoba, vont plus loin que la *LERDS** dans ses prescriptions en autorisant la notification à partir d'un cadre décisionnel purement administratif. Dans le contexte, la *LERDS** et un mécanisme provincial de fichage donnent à cette réalité un caractère polycentrique. Des délinquants sexuels peuvent en effet être soumis à l'enregistrement canadien et à la notification provinciale. L'idéologie sécuritaire tous azimuts fait fit des frontières entre le droit pénal, le droit administratif et le droit civil. Qui plus est, les tribunaux ne vont pas au-delà des apparences : le fichage est traité sans égards à la réalité substantielle qu'il s'agit d'une peine supplémentaire et ils acceptent la qualification juridique choisie par le législateur.

Avec l'avènement de la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, la discrétion judiciaire d'émettre une ordonnance est dorénavant inexistante même si l'ordonnance est émise au moment de l'imposition de la peine ou du verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux. La prémisse d'égalité de risque sur laquelle le fichage est fondé ne repose pas sur des données des sciences humaines et sociales. Le risque réel de récidive criminelle des délinquants sexuels ne justifie pas un fichage préventif aussi extensif et exorbitant de tous les contrevenants. Enfin, le fichage canadien tel qu'aménagé ne peut être un outil efficace de prévention et de dépistage des délinquants sexuels, car il manque de précision en n'identifiant pas ceux qui présentent le risque le plus important. La *LERDS* nouvelle version repose sur des fondations irrationnelles et ne tient pas compte des connaissances venant des sciences humaines et sociales.

Comment alors peut-on expliquer que le législateur a néanmoins adopté une telle loi? La théorie sociologique de la gestion du risque d'Ulrich Beck apporte une réponse à

cette question²⁹¹. Comme nous l'avons annoncé en introduction, cette thèse permet entre autres d'expliquer la prédominance croissante de l'idéologie sécuritaire dans l'élaboration des normes pénales actuelles. Malgré les connaissances scientifiques accrues, le public entretient à l'égard du phénomène criminel – et dans le cas qui nous occupe de la délinquance sexuelle – une méconnaissance qui génère un sentiment d'insécurité. S'installe alors une *solidarité dans la peur* qui devient une force politique, un moteur de transformation²⁹² – cette solidarité dans la peur témoigne du reste d'une « hypersensibilité au danger »²⁹³ de la délinquance sexuelle. Pourtant, cette délinquance sexuelle, en tant que menace à l'équilibre social, n'est pas plus ou moins dangereuse qu'avant. Le risque est donc le même, mais il dicte désormais l'élaboration de normes pénales²⁹⁴.

Par ailleurs, on peut tracer un parallèle entre le populisme pénal et la manière dont les normes pénales sont élaborées dans la société du risque. Prenons l'exemple du fichage de la délinquance sexuelle. Dans un contexte de peur, le législateur, s'il veut plaire à son électorat et obtenir du capital politique²⁹⁵, doit répondre à l'insécurité créée par la délinquance sexuelle. Il n'hésite alors pas à adopter des mesures législatives qui, en apparence, s'attaquent avec véhémence aux délinquants sexuels. Il n'hésite pas non plus à mettre de côté les connaissances scientifiques sur la question, car ce qui importe dans l'idéologie sécuritaire, c'est d'apaiser la peur qui s'est installée dans la communauté. En ce sens, la société du risque est alimentée par le populisme pénal et la *LERDS* l'illustre.

Revenons maintenant à notre hypothèse de départ selon laquelle la *LERDS* n'endosse pas une vision réaliste du risque de récidive criminelle. À cet égard, notre étude démontre que la vision du risque, loin d'être réelle, est plutôt moraliste. Rappelons-le, les

²⁹¹ U. Beck, préc., note 13.

²⁹² *Id.*, p. 90.

²⁹³ H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac? », préc., note 20, à la p. 843.

²⁹⁴ Sur l'élaboration de normes pénales en contexte de société du risque : H. DUMONT, *id.*, à la p. 842.

²⁹⁵ J. DESROSIERS et D. BERNIER, préc., note 100.

études que nous avons examinées ne supportent pas le postulat selon lequel *tous* les délinquants sexuels présentent un risque réel ou un risque similaire de récidive criminelle justifiant une ordonnance prolongée de fichage. De même, la nouvelle version de la *LERDS* ne permet plus la considération du risque réel de récidive criminelle dans un cas individuel en faisant disparaître le mécanisme d'exemption. Une évaluation scientifique ou clinique dans des cas d'espèce est mise au rancart aux fins d'un fichage généralisé. Les données de la science n'ont donc pas influencé la conception du risque retenue par la *LERDS*. À notre avis, c'est plutôt la moralisation, par le public et par les politiciens, du risque relatif à la délinquance sexuelle qui a inspiré la *LERDS*²⁹⁶.

Cette ignorance ou méconnaissance de la réalité de la criminalité sexuelle a généré la peur. Cette peur est suscitée par deux images du danger, celle du prédateur sexuel et celle du pédophile à la recherche de leur victime au hasard. Ces images représenteraient la totalité de la délinquance sexuelle selon cette perception publique et politique. Cette peur engendre une émotivité publique qui fait en sorte que le délinquant sexuel est perçu comme un monstre, comme un être irrécupérable²⁹⁷, comme *le* danger à ne pas rencontrer. En conséquence, le public moralise le risque²⁹⁸ au nom de sa sécurité et revendique des politiques pénales pour neutraliser ce risque préventivement ou définitivement. Ces revendications populaires inspirées par la peur deviennent le moteur de la transformation des politiques pénales²⁹⁹ et donnent lieu à l'élaboration de normes pénales neutralisantes et invasives.

Par ailleurs, la mise en vigueur du fichage canadien dans ce contexte de moralisation du risque donne lieu à l'émergence d'une nouvelle conception de la pénologie

²⁹⁶ À cet égard, notre propos est inspiré de H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac? », préc., note 20, à la p. 843.

²⁹⁷ Jonathan SIMON, « Managing the Monstrous : Sex Offenders and the New Penology », (1998) 4 *Psychology, Public Policy, and Law* 452, 456.

²⁹⁸ H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac? », préc., note 20, à la p. 843.

²⁹⁹ U. Beck, préc., note 13.

au Canada. Les professeurs Feeley et Simon, dont la thèse repose sur l'examen des politiques pénales américaines, expliquent ce changement en ces termes : les politiques pénales ne viseraient plus à éliminer le risque, mais à le rendre tolérable. Pour y parvenir, les politiques punitives ne reposeraient plus sur le « juste dû » ou sur la réhabilitation de l'individu. Les politiques pénales mettraient dorénavant l'accent sur l'identification, la surveillance, le contrôle et la gestion de groupes à risque³⁰⁰. Dans cette optique, les politiques punitives transiteraient d'un *continuum correctionnel* hérité du modernisme pénal vers un *continuum de contrôle*³⁰¹ propre à la postmodernité. Le modèle de fichage de la délinquance sexuelle retenue par la *LERDS* s'inscrit assurément dans cette mutation de la peine et du système punitif.

En outre, selon les mêmes auteurs, le développement d'une justice actuarielle³⁰² serait un signe d'émergence de cette nouvelle pénologie. Cette logique actuarielle donnerait lieu à une expansion du contrôle pénal afin de mieux gérer le risque criminel. La nouvelle pénologie serait aménagée à partir d'une rationalité de contrôle systémique du risque au lieu d'une rationalité de justice individualisée. Désormais, on rechercherait moins la réinsertion sociale du contrevenant avec la peine, mais l'efficacité du système de contrôle pénal et sa capacité de gérer les groupes à risque. En ce sens, les auteurs expliquent que la nouvelle pénologie poursuit une fin nouvelle:

It seeks to sort and classify, to separate the less from the more dangerous, and to deploy control strategies rationally. The tools for this enterprise are “indicators”, prediction tables, population projections, and the like. In these methods, individualized

³⁰⁰ P. MARY, préc., note 16, 35.

³⁰¹ *Id.*

³⁰² Pour fins de commodité, rappelons à ce stade que la justice actuarielle peut être définie selon trois facteurs : (1) la peine est proportionnelle au risque de récidive criminelle, (2) la peine vise à neutraliser ce risque, et ce (3) afin d'assurer l'efficacité du système à gérer le risque. Voir à ce sujet M. FEELEY et J. SIMON, préc., note 15; P. O'MALLEY, préc., note 2

diagnosis and response is displaced by aggregate classification systems for purposes of surveillance, confinement, and control.³⁰³

La *Megan's Law*³⁰⁴ américaine constitue une illustration d'une politique de justice actuarielle. Le législateur a conclu que les délinquants sexuels, en tant que groupe, présentaient un risque de récidive criminelle justifiant un contrôle au-delà de l'expiration légale de leur peine³⁰⁵. Ce postulat quant au risque de récidive criminelle repose sur une généralisation du danger que représente non pas un individu, mais un *groupe*, celui des délinquants sexuels. Ensuite, en mettant en oeuvre le RRAS, le législateur applique des critères pseudo scientifiques d'évaluation du risque d'un individu. Pour le législateur américain, la prise en compte du risque de récidive criminelle est secondaire et peu important, car ce facteur intervient à la seule fin de justifier la sorte de fichage et son étendue. Ce qui importe avant tout, c'est pouvoir affirmer que l'on a neutralisé ce risque par le fichage. De même, les critères de fichage ne tiennent pas compte du potentiel de réhabilitation du criminel. Le fichage est seulement voulu comme un instrument de gestion du groupe entier (délinquants sexuels) et permet aux politiciens d'affirmer qu'ils s'occupent de la sécurité de la communauté et de la prévention du crime. Voilà des caractéristiques fondamentales de la justice actuarielle en droit pénal américain qui formule cependant le risque non en termes pseudo scientifiques, mais en termes moraux.

Qu'en est-il du fichage canadien? S'inscrit-il dans la mouvance de cette nouvelle pénologie axée sur une justice actuarielle? Nous avons vu que la *LERDS** procédait d'abord sur la base objective de constatation du crime sexuel, mais pouvait laisser entrer exceptionnellement certaines considérations individuelles permettant une dispense de fichage. Certains ont pu voir dans ce mécanisme d'exemption le maintien de l'influence de

³⁰³ M. FEELEY et J. SIMON, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Impications », préc., note 15, 452.

³⁰⁴ *Megan's Law*, préc., note 9.

³⁰⁵ Wayne LOGAN, « A Study in Actuarial Justice: Sex Offender Classification Practice and Procedure », (2000) 3 *Buffalo Criminal Law Review* 593; M. VALVERDE, R. LEVI et D. MOORE, préc., note 147, à la p. 101.

la réhabilitation. Cependant, avec la nouvelle version qui s'est concrétisée dans la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, l'idéologie sécuritaire ne laisse désormais plus aucune place à l'exception et permet au droit pénal de jouer son rôle préventif; le législateur mise sur un fichage automatique, exhaustif et extensif. Il n'est plus possible de considérer le risque réel de récidive criminelle à l'échelle individuelle. La science est également évacuée du processus. Mais cette dissociation de la science n'écarte pas pour autant la *LERDS* d'une stratégie de justice actuarielle. En effet, les justifications et le fonctionnement de la *LERDS* sont les mêmes que ceux de la première version. De fait, la *LERDS* se préoccupe seulement de l'identification d'une population à risque, le groupe des délinquants sexuels, en les fichant, prétendant ainsi mieux prévenir la criminalité sexuelle future. On retrouve donc dans la législation canadienne le même objectif de généralisation que dans la *Megan's Law* américaine. En définitive, on ne peut qu'associer la version actuelle de la *LERDS* à la justice actuarielle³⁰⁶.

Le fichage canadien préside donc à l'émergence d'une nouvelle conception de la peine par laquelle la finalité de la justice actuarielle supprime les objectifs de la justice punitive individuelle. Cette nouvelle pénologie donne lieu à une moralisation du risque dans la « société du risque » expliquée par Beck. À cet égard, la professeure Dumont constate ce qui suit :

L'intégration d'une théorie de gestion des risques dans ce droit révèle un autre phénomène, à savoir l'existence d'une tension dialectique entre des objectifs de libertés et des objectifs de sécurité dans l'élaboration des normes pénales.³⁰⁷

Faisant suite à ces réflexions, nous nous sommes demandée comment s'est faite l'intégration juridique de l'idéologie sécuritaire et de la théorie de gestion du risque dans la

³⁰⁶ M. FEELEY et J. SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law », préc., note 15, à la p. 177-178.

³⁰⁷ H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac? », préc., note 20, à la p. 842.

législation canadienne sur le fichage. Ou plus précisément, pour paraphraser la professeure Dumont, le fichage canadien révélerait-il « l'existence d'une tension dialectique des objectifs de libertés et des objectifs de sécurité dans l'élaboration des normes pénales »³⁰⁸? Cette question de recherche constitue l'objet d'étude de notre deuxième partie.

³⁰⁸ *Id.*

Chapitre 2 : Les problèmes juridiques liés au fichage de la délinquance sexuelle

Le fichage canadien de la délinquance sexuelle revêt un caractère polycentrique qui soulève plusieurs préoccupations légales. Ces problèmes ont d'ailleurs déjà fait l'objet d'analyses par plusieurs Cours d'appel canadiennes. En outre, les modifications apportées à la *LERDS** par la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, qui n'ont pas encore été examinées par les tribunaux, ravivent plusieurs des arguments relatifs à la non-conformité du fichage fédéral avec la *Charte*. Ce chapitre est l'occasion d'examiner ces problèmes juridiques.

Dans un premier temps, nous étudierons les mécanismes provinciaux de fichage. Nous aborderons le débat juridique fondé sur le partage des compétences dans le fédéralisme canadien, ce qui nous permettra de souligner que des mesures de fichage provinciales peuvent valablement coexister avec le mécanisme fédéral instauré par la *LERDS*. Nous examinerons ensuite la nature véritable du fichage et l'étendue des garanties procédurales associées à la prise de décision de ficher la délinquance sexuelle. À cet égard, précisons que nous poursuivons un objectif différent de celui poursuivi lors de l'analyse du partage des compétences, puisque nous voulons désormais démontrer que le fichage n'est pas une mesure purement administrative. En effet, nous soutiendrons que les mesures provinciales de fichage emportent de véritables conséquences pénales, qu'elles affectent les droits fondamentaux des délinquants sexuels et qu'en conséquence, la décision administrative qui découle de l'application de ces mesures provinciales devrait être prise dans un cadre judiciaire. Nous discuterons par ailleurs des conséquences de la détermination de la nature véritable du fichage provincial comme décision pénale administrative, et ce, en terme de garanties procédurales à respecter.

Dans un second temps, nous étudierons le mécanisme fédéral instauré par la *LERDS* dans sa première version et dans sa nouvelle forme découlant de l'entrée en vigueur de la

Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels. Nous soutiendrons d’abord que le fichage fédéral s’inscrit dans un exercice valide, par le Parlement fédéral, de sa compétence en matière criminelle. Par ailleurs, nous postulerons que la décision de ficher un délinquant sexuel en vertu de la *LERDS* a toujours, depuis son entrée en vigueur en 2004, été inscrite dans un processus judiciaire de nature criminelle. Nous examinerons alors les conséquences découlant de cette catégorisation sur le respect des principes constitutionnels propres à la peine (à savoir le droit de bénéficier de la peine la plus douce, le droit de ne pas être puni deux fois pour le même crime et la protection contre les châtiments cruels et inusités). Finalement, nous traiterons des conséquences de cette qualification sur les principes fondamentaux de *sentencing* (soit le principe de la justice méritée, le principe de la proportionnalité, et les règles de preuve relatives aux facteurs atténuants et aggravants).

2.1. Les mécanismes provinciaux de fichage

2.1.1. Le débat juridique fondé sur le partage des compétences dans le fédéralisme canadien

2.1.1.1. L’allégation de l’*ultra vires*

L’adoption du fichage au plan provincial a donné lieu à un litige constitutionnel relatif à la distribution des pouvoirs. En effet, on a avancé que la *Loi de Christopher*³⁰⁹ était *ultra vires* en raison de sa nature criminelle. La loi était invalide, a-t-on argumenté, parce qu’elle relevait de la compétence exclusive du Parlement fédéral en matière criminelle en vertu de l’art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹⁰. Cette prétention a été rejetée

³⁰⁹ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

³¹⁰ Art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Dyck*³¹¹. Le juge Blair, qui a rédigé l'opinion de la Cour, a appliqué le principe fonctionnel du caractère véritable de la loi contestée consistant à rechercher les effets et les buts de la loi afin de la rattacher ultimement à un titre de compétence³¹².

Après s'être attardé aux objectifs législatifs et aux débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la *Loi de Christopher*, le juge Blair a conclu que le fichage ontarien ne visait pas à durcir le droit pénal. Il visait plutôt à supprimer et à prévenir le crime par la création d'un registre de renseignements sur les délinquants sexuels³¹³. En ce sens, le but de la mesure s'aligne donc avec son effet. Cette conclusion a permis de neutraliser l'allégation de l'*ultra vires* en permettant un rattachement à des chefs de compétences provinciales.

2.1.1.2. Le rattachement à des compétences provinciales

Le juge Blair a conclu à bon droit que le caractère véritable de la *Loi de Christopher* permettait un rattachement aux compétences provinciales en matière d'administration de la justice d'une part, et de propriété et de droits civils d'autre part. En effet, le domaine de l'administration de la justice accorde aux provinces la compétence législative pour établir des services de police chargés de l'application de la loi criminelle. Par ailleurs, la *Loi de Christopher* découle du pouvoir policier d'enquête visant à rechercher les auteurs de crimes, ce qui relève de l'administration de la justice criminelle, pouvoir dévolu aux provinces en vertu de l'art. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹⁴.

³¹¹ *R. v. Dyck*, préc., note 198.

³¹² Sur cette méthode, voir *Renvoi relatifs aux armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783, à partir du par. 15.

³¹³ *Id.*, au par. 41.

³¹⁴ *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 218.

En outre, la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils prévue à l'art. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comporte le pouvoir de légiférer en matière de prévention du crime. Cette compétence, qui autorise principalement le pouvoir de légiférer en matière de droit privé, a également été interprétée comme incluant le pouvoir provincial de légiférer sur les bonnes mœurs, par exemple pour réglementer une industrie relevant de la compétence provinciale³¹⁵. De même, des mesures quasi criminelles – comme le fichage de la délinquance sexuelle – qui ne visent pas comme tel la réglementation des bonnes mœurs, mais plutôt la prévention du crime, peuvent s'inscrire dans l'exercice de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils³¹⁶.

Enfin, un certain chevauchement peut exister entre les mesures adoptées en vertu du pouvoir provincial sur la propriété et les droits civils et celles relatives au pouvoir fédéral sur le droit criminel. Dans un tel cas, il faut alors s'assurer que le caractère dominant de la loi provinciale soit relatif à un objet de la propriété et les droits civils³¹⁷. Dans le cas du fichage ontarien, le cadre législatif n'indique pas que l'on a procédé à la création et à un processus de détermination d'une peine. La loi ne vise donc pas à empiéter sur le domaine de la peine en vertu du *Code criminel*³¹⁸. Bref, le fichage ontarien de la délinquance sexuelle peut constituer une ingérence accessoire dans le domaine du droit criminel, mais a pour caractéristique dominante la propriété et les droits civils. Il est donc *intra vires* du pouvoir législatif ontarien.

³¹⁵ C'est ainsi qu'on a jugé, par exemple, qu'une législation interdisant les spectacles de nudité dans un bar visait à réglementer les formes de divertissement et pouvait être associées à la vente d'alcool : *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et des permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; sur cet arrêt, Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 499.

³¹⁶ Par exemple, on a jugé qu'une province pouvait légiférer pour autoriser l'émission d'une injonction visant à mettre fin aux activités d'une maison de prostitution. Cela visait la jouissance d'un immeuble et, partant, pouvait être rattaché à l'art. 92(13) : *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681, p. 684; voir par ailleurs *P.G. Canada et Dupont c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770.

³¹⁷ *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 24.

³¹⁸ *Id.*, par. 41.

En somme, le fichage provincial de la délinquance sexuelle peut valablement être rattaché à deux chefs de compétence provinciale, soient les pouvoirs prévus aux art. 92(13) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2.1.1.3. La coexistence ou le conflit des législations fédérale et provinciale et la doctrine de la prépondérance fédérale

Le caractère polycentrique du fichage canadien de la délinquance sexuelle soulève un autre aspect du fédéralisme. On a prétendu que le chevauchement de la *LERDS* et de la *Loi de Christopher* était conflictuel et que l'on devait par conséquent accorder la priorité au régime fédéral, et ce, en application de la doctrine de la prépondérance. Selon cette règle, la loi fédérale « prime sur toute législation provinciale également valide mais incompatible avec elle »³¹⁹. Le juge Blair a rejeté cet argument, estimant que rien n'empêchait un délinquant de satisfaire à ses obligations d'enregistrement en vertu des deux régimes. Quant à la disposition d'exemption et au mécanisme de révocation qui existent en vertu du régime fédéral instauré par la *LERDS** – et qui sont inexistants au niveau provincial – le juge Blair estime que les normes plus strictes de la *Loi de Christopher* ne vont pas à l'encontre des objectifs de la *LERDS** et que cette distinction n'enclenche donc pas la doctrine de la prépondérance.

L'analyse du juge Blair est conforme à l'interprétation jurisprudentielle dominante donnée à la notion de conflit, avec laquelle on exige, pour conclure à l'existence d'un conflit, la présence de deux critères cumulatifs³²⁰. D'abord, l'application des mesures législatives doit avoir pour conséquence de soumettre une personne à deux commandements impératifs contradictoires³²¹. Le degré d'incompatibilité requis par la

³¹⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 315, p. 456.

³²⁰ *Banque Canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.

³²¹ *Id.*, par. 69 et Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 271.

jurisprudence est élevé. Il faut en effet constater un conflit irréductible, c'est-à-dire lorsque l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre³²². Ensuite, la mesure législative provinciale doit avoir pour effet d'écarter l'objectif du Parlement fédéral³²³. La coexistence du fichage ontarien et fédéral ne semble pas satisfaire ces deux critères cumulatifs et, par voie de conséquence, ces lois, bien qu'elles se chevauchent, ne sont pas en conflit³²⁴. En termes concrets, même si l'on exempté un délinquant du régime fédéral, cela ne le met pas dans l'impossibilité d'observer ses obligations en vertu du régime provincial. Les objectifs législatifs à la base des deux régimes sont au demeurant les mêmes.

En résumé, les provinces ont le pouvoir de légiférer en matière de fichage de la délinquance sexuelle. Dans l'état actuel du droit, on a affaire à une coexistence valide d'un fichage provincial et d'un fichage fédéral, et ce, au nom d'un fédéralisme coopératif et souple³²⁵.

2.1.2. La nature véritable du fichage et l'étendue des garanties procédurales associées à la prise de décision de fiché la délinquance sexuelle

2.1.2.1. Les catégories de décisions

Il convient de rappeler, sans toutefois en faire une analyse exhaustive, que trois types de décisions sont possibles en matière de justice administrative. On retrouve d'abord la décision purement administrative qui n'a pas d'impact sur les droits fondamentaux des

³²² *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191.

³²³ *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

³²⁴ Dans *Multiple Access*, préc., note 322, on a conclu que des lois peuvent valablement se chevaucher si elles ne sont pas en conflit.

³²⁵ *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536.

individus et qui est assujettie à la doctrine de l'équité³²⁶. À l'opposé se trouve la décision administrative répressive qui découle notamment de l'existence d'infractions réglementaires provinciales, c'est-à-dire des infractions qui « sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s'appliquent que de façon limitée »³²⁷. Cette décision administrative est celle qui se rapproche le plus de la décision judiciaire en vertu du droit criminel, bien que d'importantes distinctions séparent ces deux domaines du droit³²⁸. Enfin, on peut noter l'existence d'un troisième type de décision qui affecte les droits fondamentaux des justiciables et qui s'inscrit dans une justice administrative influencée par l'idéologie sécuritaire. Les mécanismes provinciaux de fichage donnent lieu à une décision qui tombe dans cette catégorie.

En effet, la décision administrative qui entraîne le fichage provincial ne tombe ni dans la catégorie des décisions purement administratives, ni dans celles des décisions répressives constatant et sanctionnant une infraction réglementaire. Elle s'inscrit plutôt dans une justice administrative qui participe de l'idéologie sécuritaire; elle veut affecter et affecte les droits fondamentaux des individus d'une manière importante et emporte de véritables conséquences pénales³²⁹. D'ailleurs, en matière de décisions administratives, l'art. 7 de la *Charte* conçoit l'étendue des garanties procédurales à respecter en fonction de l'importance des intérêts en jeu³³⁰. Il faut donc examiner de façon plus rigoureuse la nature véritable de la décision de fichage de la délinquance sexuelle. C'est ce qui nous permettra

³²⁶ *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, 324.

³²⁷ *R. c. Ville de Sault-Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303.

³²⁸ Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 219, on a affirmé ce qui suit :

[...] Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

³²⁹ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

³³⁰ *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 657; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 744.

d'affirmer qu'elle devrait être prise dans le cadre d'un processus quasi judiciaire ou judiciaire devant respecter les principes de justice naturelle.

2.1.2.2. La détermination de la nature véritable du fichage au regard des catégories de décision

Le fichage de la délinquance sexuelle résulte d'une décision qui emporte de véritables conséquences pénales³³¹ et affecte les droits fondamentaux des contrevenants sexuels. Logiquement, elle devrait être prise dans un processus judiciaire ou quasi judiciaire. C'est ce que nous soutenons.

2.1.2.2.1. Le fichage provincial emporte de véritables conséquences pénales

Le fichage provincial de la délinquance sexuelle, qu'il s'agisse de notification publique ou d'enregistrement de données personnelles, a pour conséquence d'étendre le domaine juridique de la stigmatisation sociétale. Cette conséquence prolonge le stigmate de la criminalité associé à la délinquance sexuelle criminelle. À l'instar du casier judiciaire, incarnation moderne du stigmate de la criminalité³³², le fichage de la délinquance sexuelle stigmatise le contrevenant sexuel afin d'assurer certaines finalités : la prévention du crime, la punition et la rétribution, l'intimidation spéciale et générale, la dénonciation et la

³³¹ Wigglesworth, préc., note 329.

³³² H. DUMONT, « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours », préc., note 26, à la p. 108.

réprobation publique, et la perpétuation de la mémoire collective du crime³³³. En ce sens, le fichage de la délinquance sexuelle emporte de véritables conséquences pénales³³⁴.

Par ailleurs, c'est le caractère stigmatisant du fichage de la délinquance sexuelle qui distingue cette mesure d'une mesure purement administrative ou d'une sanction résultant d'une infraction réglementaire. Certes, l'effet stigmatisant découle de la déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle désignée qui déclenche le fichage provincial³³⁵. Mais ce fichage contribue à perpétuer la stigmatisation sociale rattachée à la criminalité sexuelle, de sorte qu'il n'est pas sans rappeler certains châtiments oubliés, comme le marquage au fer rouge des criminels ou la coutume de l'affichage des condamnations criminelles³³⁶.

Dans le cas de la *Loi de Christopher*³³⁷ ontarienne, on requiert automatiquement et sans un quelconque processus décisionnel que le délinquant sexuel s'astreigne à une obligation annuelle de se présenter aux services policiers pour consigner et mettre à jour de l'information privée ou des renseignements personnels le concernant. Cette obligation survit à l'expiration légale de la peine et le délinquant qui ne s'y conforme pas peut être poursuivie pénalement – il est alors passible d'une peine d'amende ou d'une peine

³³³ *Id.*, à la p. 108.

³³⁴ *Wigglesworth*, préc., note 329. Selon cet arrêt, la décision disciplinaire administrative qui emporte de véritables conséquences pénales (imposant un emprisonnement ou une amende par exemple) doit respecter les garanties de la Charte applicables à la peine.

³³⁵ Dans l'arrêt *Rodgers*, préc., note 230, au par. 64, la juge Charron souligne ce qui suit, dans le contexte d'un examen de la constitutionnalité d'une ordonnance de prélèvements génétiques :

[...] la stigmatisation, si elle existe, résulte assurément des déclarations de culpabilité à l'origine de l'autorisation. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il puisse stigmatiser jusqu'à un certain point ne fait pas d'un traitement une peine. Le simple fait d'être arrêté et accusé d'une infraction criminelle peut être infamant.

La question de savoir si ces propos s'appliquent *mutatis mutandis* aux ordonnances de fichage de la délinquance sexuelle est ouverte. Nous opinons cependant que plusieurs distinctions méritent d'être faites entre le régime des ordonnances de prélèvements génétiques et les régimes (provinciaux ou fédéraux) de fichage. Une de ces distinctions se rattache au caractère plus stigmatisant du fichage de la délinquance sexuelle.

³³⁶ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 496-497.

³³⁷ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un terme maximal d'un an ou de deux ans moins un jour pour un deuxième manquement. En somme, c'est l'imposition d'obligations aux délinquants sexuels pouvant résulter en une infraction en cas de manquement et à une sanction emportant de véritables conséquences pénales qui atteste de cette stigmatisation sociale. Par conséquent, le fichage revêt des caractéristiques de la décision administrative de nature pénale, ce qui milite en faveur du respect de garanties procédurales propres au processus quasi-judiciaire ou judiciaire. Or, le régime décisionnel instauré par la *Loi de Christopher* est d'application automatique et n'est aucunement assorti de principes de justice naturelle associés à un processus quasi-judiciaire ou judiciaire.

Dans le cas des divers mécanismes provinciaux de notification de renseignements à la communauté (comme en Alberta et au Manitoba), les services policiers sont responsables de diffuser l'information à la communauté sur le passé criminel et l'état dangereux d'un délinquant sexuel. Contrairement au régime ontarien, on n'impose pas d'obligations d'enregistrement de données personnelles au contrevenant sexuel. Mais la divulgation de l'information à une partie ou à l'ensemble de la société par Internet, par un communiqué de presse ou autrement, marque au fer rouge le passé criminel du délinquant sexuel. Comme dans le casier judiciaire, l'étiquette de délinquant sexuel « colle à la peau du justiciable longtemps après l'exécution de sa peine »³³⁸. Le recours aux médias par les policiers donne lieu à une diffusion de son statut d'ex-délinquant sexuel. L'objectif de cette publicité n'a plus rien à voir avec la détection de la criminalité non résolue, mais a plutôt à voir avec l'idée de rétribuer le délinquant. Il s'agit bel et bien d'une stigmatisation sociale du même genre qu'une peine³³⁹.

Les véritables conséquences pénales et les stigmates associés au fichage militent en faveur de la prise de décision dans un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.

³³⁸ H. Dumont, « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours », préc., note 26, à la p. 108.

³³⁹ *Wigglesworth*, préc., note 329.

2.1.2.2.2. Le fichage provincial affecte les droits fondamentaux

Le fichage provincial de la délinquance sexuelle, qu'il s'agisse d'un régime d'enregistrement ou de notification, affecte les droits fondamentaux des contrevenants sexuels.

Prenons d'abord l'exemple du régime d'enregistrement instauré par la *Loi de Christopher*³⁴⁰. Cette loi constitue une atteinte à la liberté du contrevenant sexuel³⁴¹, puisqu'elle l'astreint à une obligation de se présenter annuellement au poste de police pour procéder à la collecte et à la mise à jour d'informations le concernant, sous peine d'amende ou d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer. Ce processus, bien que provincial, est similaire à la prise d'empreintes digitales en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*³⁴², laquelle porte atteinte aux droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*³⁴³.

Examinons maintenant les mécanismes provinciaux de notification. Ces mesures, en ne requérant pas la participation du délinquant sexuel, ne violent pas à première vue le droit à la liberté individuelle. En revanche, elles mettent en cause le droit à la sécurité de la personne³⁴⁴. Cette atteinte au droit à la sécurité doit toutefois être discutée. En effet, le droit à la sécurité dont il est question à l'art. 7 de la *Charte* vise tout ce qui touche à la personne dans son intégrité physique ainsi que toute « tension psychologique grave causée par l'État [sur l'individu] »³⁴⁵. La Cour suprême a cependant précisé dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique* que la sécurité de la personne n'inclut pas « un droit général à la

³⁴⁰ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

³⁴¹ *Dyck*, préc., note 198.

³⁴² *Loi sur l'identification des criminels*, préc., note 257.

³⁴³ *R. c. Beare; Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387.

³⁴⁴ Le seul jugement que nous avons répertorié sur cette question est l'affaire *Clubb v. Saanich (District)*, préc., note 215, relatif au mécanisme administratif de notification de la Colombie-Britannique. Le juge y a conclu que l'émission d'un communiqué de presse diffusant notamment l'adresse du délinquant sexuel ne portait pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

³⁴⁵ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 45.

dignité, ou plus précisément un droit à la protection contre la stigmatisation »³⁴⁶. De plus, ce ne sont pas tous les aspects de la vie privée qui sont protégés par le droit à la sécurité³⁴⁷. Selon le professeur Garand, la Cour Suprême semble réticente à admettre que toute atteinte à la dignité humaine est protégée par l'art. 7 de la *Charte*. L'atteinte doit être d'un haut degré de gravité³⁴⁸. Dans le cas du fichage de la délinquance sexuelle qui donne lieu à une diffusion (souvent via Internet) de renseignements privés relatifs au contrevenant sexuel (la région de son domicile, son identité, sa photo – régime albertain), nous estimons que l'atteinte à la vie privée est suffisamment grave pour donner lieu à une violation du droit à la sécurité garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

En résumé, le fichage provincial de la délinquance sexuelle constitue une atteinte aux droits fondamentaux garantis par l'art. 7 de la Charte et emporte de véritables conséquences pénales. Pour ne pas contrevenir à la *Charte*, ce fichage doit respecter les garanties de la justice fondamentale à caractère procédurale³⁴⁹. Comme le professeur Garand le note, « le respect des principes de justice fondamentale consistera à accorder une protection procédurale proportionnelle à l'importance des intérêts en jeu »³⁵⁰. Puisque les intérêts en cause en matière de fichage de la délinquance sexuelle sont de la plus haute importance, on doit assortir la prise de telles décisions de garanties proches de celles d'un mécanisme judiciaire.

³⁴⁶ *Blencoe c. Colombie-Britannique* [2000] 2 R.C.S. 307, au par. 12.

³⁴⁷ P. GARAND, préc., note 183, p. 489.

³⁴⁸ *Id.*, p. 489. Voir par ailleurs les arrêts *Blencoe*, préc., note 346 et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

³⁴⁹ La Cour suprême a interprété la justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte* comme comportant des exigences substantives et procédurales : *Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 501-502 et *R. c. Morgentaler*, préc., note 345, p. 53.

³⁵⁰ Patrice GARAND, *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 3 « Les Chartes », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 164.

2.1.2.2.3. Le respect des principes de justice naturelle

La justice fondamentale englobe les deux piliers de la justice naturelle : les règles *audi alteram partem* et *nemo judex in sua causa*. Les intérêts en jeu en matière de fichage militent pour que ces règles soient respectées.

La règle d'or du droit administratif : *audi alteram partem*

La règle *audi alteram partem* comporte plusieurs modalités d'application qu'un mécanisme de fichage provincial de la délinquance sexuelle devrait prévoir. D'abord, le contrevenant sexuel devrait bénéficier du droit élémentaire d'être avisé qu'une décision sera prise³⁵¹. Cet avis devrait être précis, c'est-à-dire qu'il doit expliquer au délinquant l'objet de la mesure qui sera prise contre lui et tous les éléments nécessaires pour lui permettre de faire des représentations valables en temps opportun³⁵².

Le processus devrait également garantir au contrevenant le droit de faire valoir ses moyens. À ce titre, la justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte* n'exige pas la tenue d'une audience formelle *viva voce*. Ce sont les circonstances qui détermineront si une telle audience est requise ou non³⁵³. Par exemple, en matière de libération conditionnelle, il n'existe pas de droit absolu à une audition orale. C'est l'impact significatif de la décision sur le détenu que rendra la Commission des libérations conditionnelles qui déterminera si le détenu a le droit d'être présent physiquement à l'audition³⁵⁴. En matière de fichage, la décision rendue est manifestement lourde de conséquences sur le délinquant sexuel : diffusion à grande échelle du passé criminel dans le cas de la notification, stigmatisation

³⁵¹ *Cardinal c. Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 659.

³⁵² Voir par exemple : *Motor Transport Board of Manitoba c. Purolator*, [1981] 2 R.C.S. 364.

³⁵³ *Singh et al. c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 213-214.

³⁵⁴ P. GARAND, préc., note 183, p. 558.

sociétale, obligations exorbitantes à respecter et impact négatif sur les possibilités de réhabilitation et de réinsertion sociale. Ces facteurs militent pour la tenue d'une audience formelle *viva voce*, d'autant plus qu'il peut être nécessaire de juger, par exemple, de la crédibilité des expertises relatives au risque de récidive³⁵⁵. Le délinquant sexuel devrait ainsi pouvoir, lors de cette audition, contre-interroger les témoins et apporter des éléments de preuve³⁵⁶. Il devrait bénéficier du droit à la représentation par avocat s'il le désire³⁵⁷. En outre, pour garantir au délinquant sexuel le droit de faire valoir ses moyens efficacement à l'encontre du fichage, encore faut-il qu'il ait d'abord obtenu la communication de la preuve³⁵⁸, notamment le contenu des rapports d'expertise.

Enfin, la règle *audi alteram partem* comporte le droit à la motivation de la décision afin que le délinquant sexuel connaisse les raisons sur lesquels le décideur s'est appuyé³⁵⁹. Cette caractéristique est essentielle pour assurer le pouvoir de contrôle et de surveillance de la légalité de la décision relative au fichage de la délinquance sexuelle.

La règle *nemo iudex in sua causa* : le droit d'être traité avec impartialité et sans préjugé

Le processus de fichage de la délinquance sexuelle devrait respecter l'autre pilier de la justice fondamentale en matière administrative que constitue la règle *nemo iudex in sua causa*. En vertu de cette règle, le délinquant sexuel a le droit d'être traité par un tribunal indépendant et impartial, tant au plan individuel qu'institutionnel³⁶⁰. Les exigences du principe *nemo iudex in sua causa* varient selon les circonstances et ne s'appliquent pas

³⁵⁵ *Singh et al. c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 353.

³⁵⁶ Sur la preuve en matière administrative, voir Patrice GARAND, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 634-660.

³⁵⁷ Bien qu'il n'existe pas un droit général à l'assistance d'un avocat et que ce droit ne soit pas absolu (*P.G. Colombie-Britannique c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873), l'importance des intérêts en jeu en matière de fichage de la délinquance sexuelle milite pour que l'on accorde au délinquant sexuel qui le désire le droit d'être représenté par un avocat.

³⁵⁸ *Kane c. Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1116.

³⁵⁹ *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

³⁶⁰ *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

uniformément aux cours et aux tribunaux administratifs ou disciplinaires³⁶¹. Sans entrer dans les modalités d'application particulière de cette règle, nous formulons seulement certaines remarques.

Comme nous l'avons déjà expliqué, les intérêts en jeu en matière de fichage de la délinquance sexuelle sont très importants. Dans un tel contexte, on devrait s'attendre à des garanties d'indépendance et d'impartialité. Or, la décision de fichier un délinquant sexuel appartient dans toutes les provinces aux corps policiers (à l'exception de l'Ontario proposant un fichage d'application automatique). Au Manitoba, on a affaire à un Comité consultatif sur la notification du public qui ne possède qu'un pouvoir de recommandation, et c'est le service de police qui dispose du pouvoir décisionnel. Quant au régime en vigueur en Alberta, c'est le corps policier qui exerce le pouvoir prévu à l'art. 32 de la *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*³⁶². On est en droit de se demander si la police présente des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes, puisque c'est elle qui est responsable à la fois des enquêtes sur les crimes de nature sexuelle et de la décision ultime de fichage³⁶³!

En résumé, nous estimons que les mécanismes provinciaux de fichage de la délinquance sexuelle devraient respecter les principes de la justice naturelle propres à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire. Pourtant, notre étude démontre que ces

³⁶¹ P. GARANT, préc., note 356, p. 704.

³⁶² *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, préc., note 193.

³⁶³ On peut d'ailleurs faire une analogie avec l'affaire *Canada (Direction des enquêtes sur les coalitions, directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Dans cet arrêt, on a jugé qu'un mandat de perquisition devait être émis à la suite d'un processus présidé par une personne en mesure d'agir de façon judiciaire pour apprécier des droits qui s'affrontent, à savoir ceux de l'État et ceux de l'individu. On a conclu que puisque la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et ses membres étaient la fois investis du pouvoir d'émettre un mandat de perquisition et du pouvoir d'enquête, le membre de la Commission qui autorisait la perquisition était empêché d'agir de façon judiciaire. Le juge Dickson, s'exprimant pour la Cour, a estimé que « la nature administrative des devoirs d'enquête de la Commission [...] cadre mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État » (p. 164). Par analogie, on peut soutenir que la police, en étant à la fois investi du pouvoir d'enquête sur les crimes de nature sexuelle et du pouvoir de soumettre un délinquant sexuel au fichage, ne peut pas être un arbitre impartial pour autoriser le fichage.

mécanismes ne mettent pas en place des garanties propres à de tels processus, ce qui met en cause leur constitutionnalité par rapport à l'art. 7 de la *Charte*. Par ailleurs, on peut ajouter à ces préoccupations deux dimensions procédurales, à savoir la rétroactivité du fichage et son application découlant d'un simple protocole gouvernemental. Il convient maintenant de formuler quelques commentaires sur ces dimensions.

2.1.2.3. Discussion relative à certains aspects procéduraux des mécanismes provinciaux de fichage

2.1.2.3.1. La question de l'application rétrospective des lois provinciales de fichage

L'application des mécanismes provinciaux de fichage de la délinquance sexuelle soulève la difficile question de leur effet dans le temps. En pratique, il n'est pas facile d'associer à ce fichage un caractère rétroactif, puisque l'on peut hésiter entre la véritable rétroactivité et la fausse rétroactivité. En effet, selon les professeurs Côté, Beaulac et Devinat, il est très difficile de déterminer si l'application d'une loi donnée implique ou non un effet rétroactif³⁶⁴. La présente section vise à présenter l'argumentaire sur ce point précis et d'en exposer les difficultés.

Rappelons que le principe de la non-rétroactivité de la loi peut être défini comme interdisant à la loi nouvelle de s'immiscer dans le passé³⁶⁵ ou, plus spécifiquement, comme l'interdiction faite à la loi nouvelle de s'appliquer « de façon à prescrire le régime juridique de faits entièrement accomplis avant son entrée en vigueur »³⁶⁶. Ce principe est implicitement protégé par la *Charte* puisque les principes de justice fondamentale exigent que le justiciable « puisse être en mesure de déterminer à l'avance les conséquences

³⁶⁴ Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 147.

³⁶⁵ *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, 279.

³⁶⁶ P.-A. CÔTÉ, préc., note 364, p. 147.

juridiques de ses actes, ce qui est le plus souvent impossible dans le cas d'une loi rétroactive »³⁶⁷.

En matière de fichage provincial de la délinquance sexuelle, certains mécanismes obligent des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi de se soumettre tout de même au fichage. Par exemple un corps policier du Manitoba peut soumettre un délinquant sexuel à la notification en raison de ses condamnations antérieures à l'adoption du Protocole – hypothèse autorisée par le Protocole³⁶⁸. Selon une première vision des choses, on peut avancer l'argument de rétroactivité puisque le Protocole est appliqué sur le fondement de faits qui sont survenus entièrement avant son entrée en vigueur³⁶⁹. Selon une deuxième vision des choses, on peut dire : cette condamnation antérieure est un état de fait qui justifie et donne lieu à l'application de la loi et à la conséquence juridique (une mesure de fichage). Selon cette position, les faits juridiques dénotent un état qui n'engendre pas une application rétroactive.

La Cour suprême a d'ailleurs reconnu que la considération d'une condamnation antérieure afin d'appliquer une disposition relative à la détention préventive des repris de justice n'engendre pas un effet rétroactif. Il s'agit plutôt d'un facteur pertinent pour déterminer l'état ou le statut du délinquant³⁷⁰. À la lumière de cette jurisprudence, on pourrait donc prétendre que les mécanismes de fichage provinciaux ne font qu'évaluer le risque que peut présenter un délinquant sexuel à partir d'une condamnation antérieure afin d'en faire découler, pour l'avenir, une conséquence juridique (à savoir le fichage).

³⁶⁷ *Id.*, p. 171

³⁶⁸ *Protocole du Manitoba*, préc., note 176.

³⁶⁹ *Id.*, p. 150.

³⁷⁰ *Paton v. The Queen*, [1968] R.C.S. 341. Les juges majoritaires ont souligné ce qui suit :

The purpose of the habitual criminal legislation is not to create a new offence nor to increase the penalties for offences with respect to which sentences have already been imposed. The purpose is crime prevention. The habitual criminal is not imprisoned for doing something, but rather for being something. The finding is simply a declaration of his status as an habitual criminal which is a matter determined in part by reference to his past record.

Par ailleurs, certains pourraient également alléguer la conception classique de la rétroactivité, à savoir que les régimes provinciaux de fichage portent atteinte aux droits acquis des délinquants sexuels et sont par conséquent d'application rétroactive. Selon cette prétention, les délinquants sexuels ont été condamnés et ont purgé leur peine. En les fichant, on porterait atteinte à leurs droits acquis, comme le droit à la liberté ou à la sécurité. Or, cette conception classique a été revisitée, de sorte qu'il faut maintenant distinguer la question de la rétroactivité de celle de l'atteinte aux droits acquis³⁷¹. En d'autres termes, une loi qui porte atteinte aux droits acquis n'est plus nécessairement rétroactive³⁷². Comme le notent les auteurs Côté, Beaulac et Devinat, « il faudrait donc distinguer la rétroactivité et l'atteinte, pour l'avenir, à des droits acquis dans le passé »³⁷³.

En outre, les mécanismes de fichage ne modifient pas *toutes* les conséquences juridiques associées aux condamnations antérieures, mais uniquement les conséquences futures de faits accomplis dans le respect des conséquences juridiques survenues antérieurement³⁷⁴. En ce sens, les mesures provinciales de fichage seraient donc d'application rétrospective et non pas d'application rétroactive. C'est d'ailleurs ce type de cheminement qu'à préconisé la Cour d'appel du Québec relativement à la rétroactivité alléguée du régime fédéral instauré par la *LERDS**. La Cour a favorisé l'interprétation en faveur du caractère rétrospectif de la loi³⁷⁵.

Finalement, rappelons que le principe du maintien des droits acquis a une valeur de simple règle d'interprétation législative³⁷⁶. En vertu de ce principe, il existe une

³⁷¹ P.-A. CÔTE, préc., note 364, p. 129 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd.*, préc., note 365, *P.G. du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732 ; *Venne c. Québec (Commission de la protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880.

³⁷² P.-A. CÔTE, *id.*, p. 157.

³⁷³ *Id.*, p. 130.

³⁷⁴ *Id.*, p. 153, Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2008, p. 670.

³⁷⁵ *Asselin, Turgeon, Thériault et Morin*, préc., note 21.

³⁷⁶ Pierre-André CÔTE, « Le juge et les droits acquis en droit public canadien », (1989) 30 *C. de D.* 359.

présomption formelle en matière réglementaire et administrative selon laquelle une loi ne doit pas porter atteinte aux droits acquis, à moins d'indication claire à l'effet contraire de la part du législateur³⁷⁷. Cette présomption est toutefois moins intense que la présomption de non-rétroactivité de la loi³⁷⁸ et est du reste applicable uniquement en cas d'ambiguïté du texte législatif³⁷⁹.

Bref, ce survol des arguments possibles démontre les difficultés d'interprétation concernant l'application des mesures de fichage dans le temps. À notre avis, l'argumentation selon laquelle il n'y a pas de rétroactivité avec le fichage est bien étoffée et rencontre l'opinion la plus récente de la doctrine à cet égard. Il en va cependant autrement pour la deuxième dimension procédurale sur laquelle nous désirons formuler des commentaires, à savoir la question de l'application du fichage découlant d'un simple protocole gouvernemental. Cette particularité pose problème au regard de l'état du droit.

2.1.2.3.2. La question du mécanisme de fichage résultant d'un protocole

Les mécanismes provinciaux de fichage donnent lieu, selon le cas, à une décision qui résulte de l'existence d'une loi (Alberta³⁸⁰, Ontario³⁸¹) ou d'un protocole (Manitoba³⁸²). À notre avis, toutes les provinces devraient prendre des décisions de fichage en respectant les principes de justice naturelle comme nous l'avons suggéré dans notre précédent développement.

³⁷⁷ *Gustavson Drilling (1964)*, préc., note 365, p. 282.

³⁷⁸ P.A. CÔTÉ, p. 135.

³⁷⁹ *Gustavson Drilling (1964)*, préc., note 365, p. 282.

³⁸⁰ *Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, préc., note 193.

³⁸¹ Il s'agit du pouvoir de notification découlant du *Police Services Act*, préc., note 211.

³⁸² Protocole du Manitoba, préc., note 176.

Par ailleurs, il est difficile de justifier qu'au Manitoba, de telles décisions puissent découler d'un Protocole, soit une simple directive administrative dont l'objet est de guider le décideur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire³⁸³. Une directive est une « norme de portée générale qui, bien que dénuée d'effet juridique direct, produit pourtant un effet réel sur les fonctionnaires et sur les administrés »³⁸⁴. Elle n'est d'ailleurs pas un texte réglementaire ou une loi³⁸⁵ et elle est exempte de la plupart des exigences procédurales du droit administratif³⁸⁶.

Aussi, la directive administrative présente des distinctions importantes par rapport aux lois et règlements. D'abord, elle n'a aucune force juridique obligatoire, de sorte que l'autorité n'est pas liée par elle au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire. S'il le juge opportun en raison de circonstances exceptionnelles, le décideur peut donc déroger à la directive³⁸⁷. En revanche, lorsque l'autorité administrative exerce un pouvoir qui lui est dévolu par une loi ou un règlement, elle doit le faire dans le respect de cette loi ou de ce règlement³⁸⁸.

Ensuite, une directive administrative n'est pas soumise aux mêmes formalités légales et politiques que la loi et le règlement, qui sont assujettis à des exigences d'approbation, d'enregistrement et de publication³⁸⁹. La directive administrative n'a pas à satisfaire à ces exigences³⁹⁰. Elle peut donc être émise et remplacée avec plus de rapidité³⁹¹. D'ailleurs, soulignons qu'à l'heure actuelle, pour obtenir copie du Protocole manitobain, il

³⁸³ Michel FILION, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercée sous forme de normes administratives : les directives », (1979) 20 *C. de D.* 855, 868.

³⁸⁴ *Id.*, p. 863.

³⁸⁵ *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, p. 129.

³⁸⁶ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2002, p. 88.

³⁸⁷ M. FILION, préc., note 383, 867.

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ *Id.*, France HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », (2001-2002) 47 *McGill L. J.* 161, 164.

³⁹⁰ M. FILION, préc., note 383, 867.

³⁹¹ *Id.*

faut s'adresser aux autorités manitobaines, ce qui constitue assurément une difficulté pour le justiciable. Ce Protocole devrait à notre avis être publié³⁹².

Les décisions de fichage, faut-il le répéter, ne sont pas d'ordre purement administratif. Elles doivent être prises dans un cadre judiciaire ou quasi-judiciaire et doivent être encadrées dans un texte qui a une valeur législative³⁹³. Il est inacceptable qu'elle soit issue d'une simple directive administrative.

En résumé, les régimes provinciaux en place sont insuffisants pour assurer le respect des impératifs constitutionnels de l'art. 7 en matière de justice naturelle. Il convient maintenant d'examiner la légalité des mécanismes fédéraux de fichage.

2.2. Les mécanismes fédéraux du fichage

2.2.1. La décision de fichage est prise dans un processus de nature criminelle

2.2.1.1. Le pouvoir fédéral en matière criminelle

Il ne fait pas de doute que la *LERDS*, tant dans sa version antérieure que dans sa forme actuelle, relève de la compétence fédérale en matière criminelle. Une loi relève de la compétence en matière criminelle si elle a un « objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction »³⁹⁴. Par ailleurs, le droit criminel n'est pas nécessairement prohibitif : une loi préventive poursuivant un objectif de sécurité publique peut aussi être

³⁹² *Id.*, 883.

³⁹³ *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, préc., note 385, p. 129 ; P. GARAND, préc., note 356, p. 174.

³⁹⁴ *Renvoi relatif aux armes à feu*, préc., note 312, par. 27; *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1.

du ressort du Parlement fédéral en raison de sa vaste compétence en matière criminelle³⁹⁵. La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité sont des exemples de fins habituelles, mais non exclusives, du droit criminel³⁹⁶. Enfin, la *LERDS* est similaire à d'autres lois s'inscrivant dans l'exercice du pouvoir de légiférer en matière criminelle, comme la *Loi sur le casier judiciaire*³⁹⁷, la *Loi sur l'identification des criminels*³⁹⁸ et la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*³⁹⁹.

En somme, la *LERDS* relève incontestablement de la compétence criminelle attribuée au Parlement fédéral, puisqu'elle est une loi préventive poursuivant un objectif de sécurité publique. Par ailleurs, s'agissant d'une loi criminelle, la *LERDS* doit être rédigée de façon suffisamment spécifique et précise pour ne pas soumettre les justiciables à la merci de l'arbitraire.

2.1.1.1.2. La portée excessive de la LERDS et son fondement sur une présomption trop globale de récidive criminelle

La théorie de l'imprécision ou de la portée excessive n'existe pas de façon autonome au plan constitutionnel⁴⁰⁰. Pour donner lieu à l'invalidation d'une loi, cette théorie doit être d'abord rattachée à une violation de la *Charte* qui contient une restriction inhérente⁴⁰¹, comme à l'art. 7⁴⁰². Ainsi, la précision de la loi pénale constitue un principe de justice fondamentale⁴⁰³. Or, la *LERDS* (dans sa forme actuelle et dans sa première version)

³⁹⁵ Le droit criminel vise donc à punir et à prévenir le crime : *R. v. Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada*, [1956] S.C.R. 303, p. 308; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 999, *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, p. 652; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 25.

³⁹⁶ *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, préc., note 394, p. 50.

³⁹⁷ *Loi sur le casier judiciaire*, préc., note 219.

³⁹⁸ *Loi sur l'identification des criminels*, préc., note 257.

³⁹⁹ *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, préc., note 27.

⁴⁰⁰ Sur ce thème, voir généralement Marc RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *R.J.T.* 663.

⁴⁰¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 631

⁴⁰² *Renvoi sur la prostitution, (Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1155

⁴⁰³ *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

nous semble en contravention du principe de justice fondamentale relatif à la précision de la loi et porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7⁴⁰⁴. Sous l'ancienne version de la *LERDS**, l'allégation de portée excessive de la *LERDS** pouvait être neutralisée en plaissant que les mécanismes d'exemption donnaient lieu à une application individualisée et spécifique de la *LERDS**. Toutefois, le législateur a abrogé le mécanisme d'exemption dans la nouvelle *LERDS*⁴⁰⁵ et on peut dès lors soutenir que cette version donne lieu à une application excessive et place les justiciables à la merci de l'arbitraire parce qu'ils ne peuvent plus plaider la non-application à leur cas d'espèce ou à un quelconque cas d'espèce. Par conséquent, on peut mettre en doute la validité constitutionnelle des nouvelles dispositions.

L'arrêt *S.S.C.*⁴⁰⁶ de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait rejeté l'argument de la portée excessive de la première version de la *LERDS** en s'appuyant notamment sur l'existence du dispositif d'exemption. Dans la mesure où l'interprétation du dispositif d'exemption autorisait une application individualisée de la *LERDS**, répondant ainsi à l'exigence d'avoir un processus de contrôle *valable*⁴⁰⁷, nous pensons que cette conclusion donne des arguments pour soutenir l'inconstitutionnalité de la nouvelle version de la *LERDS*. Cependant, il existait deux courants jurisprudentiels divergents relatifs à l'interprétation du mécanisme d'exemption de l'ancienne version de la *LERDS**. Aux fins de notre propos, nous soutenons que l'une de ces approches était trop étroite et ne pourrait de toute façon être invoquée au soutien de la constitutionnalité de la nouvelle version. D'où la nécessité de revoir la théorie de la portée excessive et d'examiner l'arrêt *S.C.C.* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

On prétendait dans cette affaire que la *LERDS** avait une portée excessive, car elle pouvait soumettre un délinquant sexuel à faible risque de récidive criminelle à une

⁴⁰⁴ Notamment *Asselin, Thériault, Turgeon et Morin*, préc., note 21 ; *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262 .

⁴⁰⁵ Le dispositif de dispense du régime rétrospectif a toutefois survécu à la nouvelle *LERDS* : art. 490.023 *C.cr.*

⁴⁰⁶ *S.S.C.*, préc., note 404.

⁴⁰⁷ *Lyons*, préc., note 330; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

obligation d'enregistrement pour une durée à perpétuité. Le juge Chiasson, s'exprimant alors pour la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, avait en effet conclu que le régime législatif d'alors n'était pas excessif puisque le faible risque de récidive était un facteur pertinent d'appréciation dans la décision d'accorder ou non une exemption⁴⁰⁸. En d'autres termes, l'existence d'un mécanisme d'exemption à la *LERDS** pouvait neutraliser l'argument de la portée excessive de la loi puisque l'on pouvait contrôler judiciairement l'émission d'une ordonnance individuelle de fichage. Le dispositif d'exemption constituait par conséquent un rempart contre l'inconstitutionnalité de la *LERDS** qui, autrement, pouvait avoir une portée excessive.

Cette conclusion rappelle celle du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons* affirmant que l'imposition d'une peine à durée indéterminée découlant d'une déclaration de dangerosité n'est pas attentatoire à l'art. 12 de la *Charte* en raison de l'existence d'un processus de libération conditionnelle constituant le «gage [qu']une incarcération ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances»⁴⁰⁹. De même, la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Charkaoui* a récemment conclu que la justice fondamentale de l'art. 7 exige un processus valable de contrôle permettant la prise en compte des circonstances de chaque cas d'espèce pour évaluer la détention à durée indéterminée découlant de l'application de la *Loi sur l'immigration*⁴¹⁰. Dans le cas du fichage, l'atteinte à la liberté qui découle de son application est peut-être moins drastique que celle de la détention indéterminée en matière de dangerosité ou d'immigration. Dans ce contexte, l'existence d'un mécanisme de contrôle du fichage en vertu de l'ancienne version de la *LERDS** semblait satisfaire aux critères constitutionnels appliqués dans les arrêts *Lyons* et *Charkaoui*, et était en harmonie avec les raisonnements développés dans ces arrêts.

⁴⁰⁸ *S.S.C.*, préc., note 404, par. 70.

⁴⁰⁹ *Lyons*, préc., note 330, p. 341.

⁴¹⁰ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, préc., note 407, au par. 107; *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

Il faut ajouter à ces arrêts les enseignements de l'arrêt *Heywood*⁴¹¹. Dans cet arrêt, une disposition du *Code criminel* prévoyant une interdiction consécutive à la peine faite aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public, a été déclarée inconstitutionnelle au motif de sa portée excessive. Le juge Cory explique que les tribunaux doivent faire preuve de retenue avant d'invalider les moyens choisis par le législateur pour atteindre l'objectif visé⁴¹². Il ajoute ensuite que si « le texte législatif restreint la liberté d'une personne en vue de protéger le public, cette restriction ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but »⁴¹³. Il conclut que l'interdiction a une portée excessive. Si l'on s'appuie sur ces propos, le fichage découlant de la récente version de la *LERDS* opère dorénavant de manière à restreindre la liberté des délinquants sexuels au-delà de ce qui est absolument nécessaire pour assurer la sécurité collective. Comme nous l'avons déjà dit, plusieurs délinquants sexuels qui ne présentent peu ou pas de risque pour la société sont visés par le fichage découlant de la loi fédérale, nouvelle mouture. L'atteinte à leur liberté qui découle de l'application du fichage à leur égard n'est pas nécessaire pour assurer la sécurité collective. D'où l'importance d'un mécanisme d'exemption qui permettrait de contrôler la portée excessive du fichage fédéral, mais qui ne le permet plus, vu sa disparition.

Dans les motifs de l'arrêt *S.S.C.*⁴¹⁴, la Cour d'appel avait invoqué avec approbation une affaire de la Cour Suprême de la Colombie-Britannique dans laquelle on affirmait ce qui suit relativement au régime instauré par la *LERDS** :

The issue is not whether the registry system, as structured, is the best method by which the police may be assisted in their investigations but rather whether it in fact assists them. It seems to me that Parliament has made a policy decision in defining the scope of those that may be made the subject of an order or an

⁴¹¹ *R. c. Heywood*, préc., note 403.

⁴¹² *Heywood*, préc., note 403, au par. 51.

⁴¹³ *Id.*, au par. 53.

⁴¹⁴ *S.S.C.*, préc., note 404.

obligation. It cannot be said that there is no useful investigatory purpose in including within that net those that are less likely to re-offend than others. Provided there is some rational connection between those required to register and the investigative purposes that registration serves, it cannot be said that the reach of the legislation is so divorced from its stated purpose that it is punitive in nature.

I am satisfied that there is a rational basis for casting the net as broadly as the SOIR Act permits. The legislation provides the police with a tool, albeit a blunt one, that allows them to focus their investigations without excluding those that might be "persons of interest". There is no question that the scope of the registry could have been more restricted. The fact that it is not, however, does not lead to the conclusion that its purpose is something punitive as opposed to investigatory. Perfect symmetry between the social science measuring rates of recidivism and the reach of the registry is not required. First, such a requirement would be impossible to meet; and second, it presupposes a level of exactitude in the social science which, in my view, is not warranted. [...]⁴¹⁵

[Nos soulignements.]

En plus de soulever la difficile question de la preuve des faits sociaux devant les tribunaux⁴¹⁶, cet extrait fait appel aux données scientifiques en matière de délinquance sexuelle. Nous avons démontré dans la première partie de notre mémoire qu'il n'existe pas de fondement rationnel à une application aussi extensive du fichage de la délinquance sexuelle puisqu'elle n'est pas supportée par les données scientifiques relatives au risque réel de récidive criminelle de tous les délinquants sexuels. Or, les tribunaux perpétuent la prémisse erronée du législateur selon laquelle tous les délinquants déclarés coupables d'une infraction désignée à l'art. 490.011 *C.cr.* sont dangereux et présentent un risque réel de récidive criminelle au moment du prononcé de l'ordonnance de se conformer à la *LERDS**.

⁴¹⁵ *P.S.C. v. British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 895, par. 117-118.

⁴¹⁶ Pour une discussion sur ce thème, voir : Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315. Par ailleurs, soulignons que le juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, préc., note 330, p. 366, a conclu que même si la preuve scientifique n'était pas infaillible, elle demeurerait pertinente aux fins de déterminer la dangerosité future.

Il faut d'ailleurs rappeler qu'une présomption réputée incontestable a déjà été jugée trop globale pour satisfaire aux exigences de la *Charte*. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Swain*⁴¹⁷, on a jugé que la présomption selon laquelle tous les prévenus acquittés en raison de leur aliénation mentale constituaient automatiquement un danger au moment où la peine est prononcée (justifiant ainsi une ordonnance de détention, sans que le juge puisse examiner au préalable la condition mentale de l'accusé lors d'une quelconque audience) était trop globale et par conséquent inconstitutionnelle⁴¹⁸. Selon le juge Cory dans *Heywood*, peut-on ajouter, « il est difficile d'accepter qu'une personne qui a sexuellement agressé un adulte quelque quinze ans auparavant, sans récidive depuis, constitue encore une menace pour des enfants »⁴¹⁹. Pourtant, la jurisprudence semble avaliser la présomption globale à la base du fichage de la délinquance sexuelle en affirmant qu'il existe un fondement rationnel à une application aussi large de la *LERDS**.

Enfin, nous sommes d'avis que l'ancien mécanisme d'exemption de la *LERDS** permettait de neutraliser la portée excessive du fichage uniquement s'il était interprété d'une manière autorisant une individualisation et une appréciation du risque de récidive au cas par cas. Or, un courant jurisprudentiel émanant de la Cour d'appel de l'Alberta et ayant influencé d'autres tribunaux supérieurs⁴²⁰ avait préconisé une interprétation stricte de l'ancien art. 490.012(4)* *C.cr.*, ce qui ne favorisait pas une application individualisée de l'exemption.

⁴¹⁷ *R. c. Swain*, préc., note 395, p. 1009, 1011-1013.

⁴¹⁸ L'inconstitutionnalité découle ici non pas de la théorie de l'imprécision, mais plutôt de l'absence de garanties procédurales.

⁴¹⁹ *Heywood*, préc., note 403, par. 61.

⁴²⁰ La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a favorisé une interprétation similaire : *R. v. S.C.C.*, préc., note 404, et voir aussi *R. v. May*, 2009 BCCA 161, par. 13. La Cour d'appel de l'Ontario a aussi suivi cette position dans l'arrêt *R. v. Debidin*, préc., note 64, par. 70. Dans cette dernière affaire, il est intéressant de souligner que les juges ont conclu qu'il s'agissait d'une erreur de droit de diluer l'intérêt public à l'enregistrement sur la base du faible risque de récidive.

Dans l'arrêt *Redhead*⁴²¹, la Cour d'appel de l'Alberta a par exemple jugé que des considérations comme le handicap de l'individu, les échecs de réhabilitation ou de réinsertion sociale et la possibilité de harcèlement policier, constituaient des facteurs pertinents pour apprécier l'impact du fichage sur le délinquant⁴²². Par contre, l'appréciation du risque de récidive n'était pas une considération à prendre en compte pour mesurer l'impact du fichage sur la vie privée ou la liberté du délinquant puisque la prémisse sous-jacente au fichage était que tous les délinquants sexuels récidivaient⁴²³. Par conséquent, il n'était pas nécessaire dans chaque cas d'espèce de vérifier et de pondérer l'intérêt public au regard de ce facteur personnel aux délinquants. Ainsi, les facteurs comme le risque de récidive, le casier judiciaire et les circonstances de la perpétration de l'infraction ne constituaient pas des considérations pertinentes selon cette interprétation stricte du mécanisme d'exemption. À notre avis, ce test imposait un fardeau excessivement lourd au délinquant et rendait le mécanisme de contrôle insuffisant au regard des exigences constitutionnelles découlant des arrêts *Lyons*⁴²⁴ et *Charkaoui*⁴²⁵. De plus, cette interprétation indûment étroite et stricte de cette jurisprudence ne s'ajustait pas aux connaissances scientifiques sur la délinquance sexuelle. L'hypothèse acceptée par la Cour d'appel de l'Alberta selon laquelle tous les délinquants sexuels présentent un risque réel de récidive criminelle est souvent fausse comme nous l'avons démontré à partir des données scientifiques et a pour effet d'inclure au registre des délinquants sexuels qui ne devraient pas y figurer. Cette hypothèse constitue à notre avis une présomption trop globale au plan constitutionnel⁴²⁶. Selon cette interprétation stricte, le fardeau imposé au délinquant

⁴²¹ *R. v. Redhead*, préc., note 21.

⁴²² Voir par exemple *R. v. J.D.M.*, 2005 ABPC 264.

⁴²³ La preuve de cette hypothèse se trouve au libellé de l'art. 490.012(4)* *C.cr.*, qui. présume l'intérêt public en indiquant que l'enregistrement assure « la protection de la société au moyen d'enquêtes efficaces sur les crimes de nature sexuelle ». Voir aussi *R. v. Have*, 2005 ONCJ 27, par. 16.

⁴²⁴ *Lyons*, préc., note 330.

⁴²⁵ *Charkaoui*, préc., note 407.

⁴²⁶ *Heywood*, préc., note 403; *Swain*, préc., note 395.

devenait insurmontable⁴²⁷, ce qui rendait le mécanisme de contrôle inefficace et donnait par le fait même lieu à une loi inconstitutionnelle. Cette interprétation n'a toutefois pas fait l'unanimité. Dans l'arrêt *Turnbull*⁴²⁸, la Cour d'appel de Terre-Neuve avait refusé de suivre l'interprétation albertaine, soulignant qu'elle rendait le fardeau du délinquant insurmontable puisque l'impact sur lui ne pourrait jamais être à ce point considérable pour supplanter l'intérêt public dans un exercice de pondération⁴²⁹. De même, dans l'arrêt *R. c. Asselin*⁴³⁰, la Cour d'appel du Québec avait estimé qu'il ne fallait pas considérer l'intérêt public dans l'absolu, mais qu'il fallait plutôt l'analyser au regard de la situation de chaque délinquant. Autrement, la procédure était inéquitable pour le délinquant puisqu'il ne pourrait presque jamais satisfaire à son fardeau⁴³¹. Bref, selon cette interprétation plus libérale de la disposition législative, l'intérêt public devait être pondéré en fonction des circonstances de chaque affaire, dont le risque de récidive du délinquant sexuel⁴³².

Nous manifestons une nette préférence pour cette interprétation contextuelle, puisqu'elle permet la réconciliation du droit avec les connaissances des sciences sociales et humaines. Cette interprétation favorise aussi une individualisation du processus et la prise en compte du risque réel de récidive. Elle permet de faire un contrepoids au postulat erroné et trop global du législateur voulant que tous les délinquants sexuels présentent un risque inacceptable de récidive. C'est d'ailleurs cette interprétation contextuelle qui peut faire valablement échec à l'argument de portée excessive lors de l'examen constitutionnel de la conformité de la *LERDS** avec l'art. 7 de la *Charte*, puisque la *LERDS** prévoyait un

⁴²⁷ Ce point a été examiné par le juge Doyon dans l'arrêt *Asselin*, préc., note 21, par. 52 et 53. Or, en raison de la possibilité de procéder à une analyse contextuelle au moment de déterminer s'il y a lieu d'accorder une exemption d'enregistrement, le juge Doyon a rejeté la prétention de fardeau insurmontable.

⁴²⁸ *R. v. Turnbull*, préc., note 234.

⁴²⁹ *Id.*, par. 32 et 33.

⁴³⁰ *Asselin, Thériault, Turgeon et Morin*, préc., note 21.

⁴³¹ *Id.*, par. 68. La Cour d'appel de la Saskatchewan adopte une position similaire, mais ne se prononce pas sur la question de déterminer si l'intérêt public est fixe ou variable : voir *R. v. T.C.*, préc., note 70, par. 45.

⁴³² Cette approche a aussi été appliquée dans l'arrêt *R. v. M.(D.B.)* (2006), 205 C.C.C. (3d) 161 (N.S. C.A.); permission d'en appeler à la Cour suprême refusée, sans motifs : [2006] 2 R.C.S. xi. Voir aussi par analogie l'arrêt *R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, par. 29 à 31, où le juge Fish retient une approche similaire pour les ordonnances de prélèvements génétiques.

mécanisme d'exemption. C'est aussi cette interprétation qui doit être préférée en s'appuyant sur l'arrêt *Swain*⁴³³.

Le débat constitutionnel relatif à la portée excessive et de la présomption trop globale de l'ancienne version de la *LERDS** n'était pas épuisé au moment de l'adoption de la nouvelle version. Un dispositif d'exemption, aussi imparfait soit-il en imposant un fardeau de preuve au délinquant sexuel⁴³⁴, s'érigait tout de même en barrière contre l'inconstitutionnalité du régime dans la seule mesure où il était interprété de manière contextuelle comme dans les arrêts *Turnbull*⁴³⁵ et *Asselin*⁴³⁶. Avec une interprétation individualisée, le mécanisme de contrôle était alors valable du point de vue constitutionnel puisqu'il neutralisait l'argument de la portée excessive en astreignant au fichage les seuls délinquants sexuels qui présentaient un risque de récidive criminelle et pouvait neutraliser le caractère trop global de la présomption de récidive criminelle.

Depuis l'entrée en vigueur récente des modifications de la loi fédérale, il y a désormais une réouverture de ces deux dimensions du débat constitutionnel : la nouvelle version de la *LERDS* a une portée excessive. L'effet des nouvelles dispositions est de créer un fichage automatique de la délinquance sexuelle, à l'exemple du régime ontarien instauré par la *Loi de Christopher*⁴³⁷. Le dispositif d'exemption est abrogé, ce qui est susceptible d'entraîner l'invalidation de la *LERDS* pour cause de portée excessive. De plus, cette abrogation entraîne un renforcement de la présomption globale et erronée selon laquelle tous les délinquants sexuels présentent un risque inacceptable de récidive criminelle⁴³⁸. On élimine la possibilité pour le juge d'exercer sa discrétion de confronter les impératifs de

⁴³³ *Swain*, préc., note 395.

⁴³⁴ Comme nous l'avons déjà soutenu, la *LERDS** aurait dû obliger à considérer le risque de récidive criminelle dès l'enclenchement du processus de fichage. Par ailleurs, la *LERDS** aurait dû imposer au poursuivant le fardeau de prouver que le fichage était une mesure nécessaire, au lieu d'imposer au délinquant sexuel le fardeau de prouver qu'il doit en être exempté.

⁴³⁵ *Turnbull*, préc., note 234.

⁴³⁶ *Asselin, Thériault, Turgeon et Morin*, préc., note 21.

⁴³⁷ *Loi de Christopher*, préc., note 197.

⁴³⁸ Par analogie, *Swain*, préc., note 395; *Heywood*, préc., note 403.

sécurité publique aux données scientifiques relatives à la délinquance sexuelle. Pourtant, la décision de fichier un contrevenant sexuel de même que celle relative à la durée des obligations qui lui incombent, devraient être fondées sur une appréciation réaliste du risque de récidive criminelle que le délinquant présente. Bref, sans dispositif d'exemption, la présomption de danger devient incontestable ou insurmontable et la nouvelle *LERDS* a une portée excessive. Elle contrevient à des principes de justice fondamentale selon l'art. 7 de la *Charte*⁴³⁹.

En conclusion, une loi sur le fichage de la délinquance sexuelle au sein de la fédération canadienne peut valablement être adoptée par les deux paliers de gouvernement en vertu d'une compétence partagée sur le domaine de la prévention de la criminalité. Au niveau fédéral, la loi sur le fichage s'inscrit dans la compétence législative en matière criminelle et doit satisfaire à des exigences de spécificité et de précision. Or, la portée excessive de la loi repose sur une présomption trop globale qui ne peut plus être neutralisée par un mécanisme d'exemption.

Nous examinons maintenant notre deuxième argumentation : le fichage de la délinquance sexuelle instauré par la *LERDS*, tant dans son ancienne que dans sa nouvelle forme, constitue une peine de nature criminelle dans la pénologie canadienne.

⁴³⁹ Certains prétendront toutefois que l'abrogation de l'exemption n'affecte pas la légalité constitutionnelle du fichage, puisque la révocation, qui est conservée dans le nouveau régime, constitue un processus de contrôle valable du fichage au sens des arrêts *Charkaoui*, préc., note 407, et *Lyons*, préc., note 330. Nous leur répondrons que ce mécanisme est insuffisant en contexte constitutionnel. La révocation de l'ordonnance ne devient possible qu'après l'écoulement d'un certain délai, de sorte que tous les délinquants sexuels sont soumis au fichage pendant une période minimale vu l'impossibilité d'effectuer un contrôle judiciaire avant d'émettre l'ordonnance d'enregistrement. On impose donc à des délinquants sexuels qui ne présentent peu ou pas de risque de récidive criminelle des obligations exorbitantes, et ce, jusqu'à ce qu'ils puissent loger une demande de révocation, laquelle sera probablement tributaire de l'obtention préalable d'une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, préc., note 219.

2.2.1.2. La *LERDS : une décision différée et distincte de la sentence qui constitue néanmoins une peine du *Code criminel* et une peine au plan constitutionnel**

Les Cours d'appel qui se sont livrées à un examen de la conformité de la *LERDS** avec les principes constitutionnels de la *Charte* relatifs à la peine ont statué que le régime instauré par la *LERDS** n'engendrait pas une peine, et ce, pour diverses raisons. Il convient d'examiner plus amplement cette jurisprudence.

Dans l'arrêt *R. v. Cross*⁴⁴⁰, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse conclut que le régime instauré par la *LERDS** ne crée pas une peine. Citons un extrait pertinent :

84 A number of factors cause me to conclude that a SOIRA order is not "punishment" within s. 11(i) of the Charter:

1. The order is not a direct consequence of conviction -- a judge cannot on his or her own motion, when crafting a sentence, include a SOIRA order. Such can only be done on application of the prosecutor;
2. The requirement to initially report in person and, thereafter, report annually, while an inconvenience does not equate to severe handling or harsh treatment;
3. The reporting of temporary absences from one's residence can be done by registered mail -- at most an inconvenience;
4. The information to be provided is not of a highly personal nature and is that which is routinely collected by many other entities and would normally be available to the authorities with some searching;
5. The creation of the registry has a logical connection to a legitimate non-punitive goal -- the efficient investigation of crime and the conservation of scarce investigative resources;
6. The fact that the collection and use of the information by the authorities is strictly controlled and available only for investigation of specific crimes lends support to the Act's stated objective of crime solving;

⁴⁴⁰ *R. v. Cross*, préc., note 21.

7. That the requirement of registration may deter an offender from re-offending is not a direct or inevitable consequence of registration;
8. Where the registration requirements would be particularly burdensome for an offender and approach a punitive sanction, the exemption provision provides relief from its operation;
9. The SOIRA requirement to provide contact information to the authorities, does not equal the intrusiveness of the reporting required under a probation order;
10. The consequences of an order do not align with the traditional indicia of punishment -- there is no confinement or other than a trivial interference with liberty; there is no stigma attached nor a general deterrent effect -- the provision of the information is done in confidence and the informational content held secure and private; the order is not directed at ensuring compliance with the law.⁴⁴¹

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est également inspirée de l'arrêt *Smith v. Doe* de la Cour suprême des États-Unis dans lequel on a conclu que le régime d'enregistrement et de notification de la délinquance sexuelle, en vigueur en Alaska, ne constituait pas une peine⁴⁴².

Quelques jours après l'arrêt *Cross*, la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Redhead*⁴⁴³, a conclu qu'une ordonnance d'enregistrement, tout comme une ordonnance de prélèvement d'ADN, ne constituait pas une peine. Ensuite, le plus haut tribunal du Québec est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt *Berthelette*⁴⁴⁴, et ce, après avoir considéré l'arrêt *Cross*⁴⁴⁵ et un arrêt de la Cour suprême, l'arrêt *Rodgers*⁴⁴⁶. Cet arrêt examinait la question de la conformité avec les art. 11h) et 11i) de la *Charte* d'une ordonnance de

⁴⁴¹ *Id.*, par. 84.

⁴⁴² *Smith v. Doe*, préc., note 21. À titre indicatif, soulignons que ce régime de l'Alaska ne fait pas intervenir le juge du procès pénal et est adopté par la législature de l'État de l'Alaska.

⁴⁴³ *R. v. Redhead*, préc., note 21. La Cour d'appel de l'Alberta a réaffirmé par la suite que le régime d'enregistrement ne constituait pas une peine : *R. c. Youngpine*, 2009 ABCA 89, *R. c. C.L.B.*, 2009 ABCA 134, *R. v. Warren*, 2010 ABCA 133.

⁴⁴⁴ *R. c. Berthelette*, 2006 QCCA 928. Voir également l'arrêt *R. c. Dompierre*, 2008 QCCA 2522.

⁴⁴⁵ *Cross*, préc., note 21.

⁴⁴⁶ *R. c. Rodgers*, préc., note 230.

prélèvements génétiques rendue en vertu de l'art. 487.055 *C.cr.* La juge Charron, qui a rédigé les motifs de la majorité⁴⁴⁷, a considéré l'arrêt *Wigglesworth*⁴⁴⁸ avant de conclure que ce ne sont pas toutes les conséquences pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction qui seront assimilées à une peine :

63 Cependant, cela ne signifie pas que la "peine" à laquelle renvoient les al. 11h) et i) englobe nécessairement toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle, que cette conséquence survienne ou non au moment de la détermination de la peine. Un certain nombre d'options s'offrent au tribunal qui détermine la peine : il peut notamment ordonner la confiscation, interdire la possession d'une arme à feu, interdire la conduite automobile ou ordonner la restitution. Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer, en l'espèce, si l'une ou l'autre de ces conséquences constitue ou non une peine. En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. À cet égard, il faut distinguer entre la protection offerte par l'art. 11 et celle que prévoit l'art. 12 de la Charte contre tous "traitements" ou peines cruels et inusités. Ainsi, le prélèvement d'un échantillon d'ADN par suite d'une déclaration de culpabilité constitue sans aucun doute un "traitement", et si le mode de prélèvement est cruel et inusité, une réparation pourra être obtenue en application de l'art. 12⁴⁴⁹.
[Nos soulignements.]

La juge Charron conclut qu'à l'instar de la prise d'empreintes digitales ou de photographie, le prélèvement génétique ne fait pas partie des sanctions dont est passible une personne accusée d'une infraction. À notre avis, tous les cas cités comme étant analogues et ne constituant pas des peines selon la juge Charron relèvent d'une définition trop étroite de

⁴⁴⁷ La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Abella. Les juges dissidents (Binnie, Deschamps et Fish) sont en désaccord sur la conclusion relative à l'art. 8 de la *Charte* – question non pertinente pour nos fins.

⁴⁴⁸ *Wigglesworth*, préc., note 329.

⁴⁴⁹ *R. c. Rodgers*, préc., note 230, par. 63.

la notion juridique de peine. Certaines précisions sémantiques auraient été utiles à ses propos. D'abord, la juge ne distingue pas entre une *peine* (c'est-à-dire les formes d'expression de la punition ou les mesures punitives créées par le *Code criminel*, comme l'emprisonnement, l'amende, etc.) et une *sentence* (c'est-à-dire la détermination judiciaire de la peine après le verdict de culpabilité). Au sens large, le mot *peine* recouvre ces deux réalités. Or, la juge limite la notion de la peine à la réalité de la sentence. Ensuite, la juge ne prend pas acte d'une autre distinction entre les *institutions punitives*. Les *peines* – *sentences* sont généralement utilisées dans l'exercice de la fonction répressive du droit criminel et elles sont généralement utilisées après la détermination de la culpabilité lors d'une audience judiciaire. Par ailleurs, certaines peines sont parfois utilisées avant la détermination de la culpabilité et sont alors utilisées dans l'exercice de la fonction préventive du droit criminel; dans ce dernier cas, elles sont utilisées à titre de *mesures de sûreté*⁴⁵⁰. Dans d'autres circonstances, la peine est utilisée aux deux moments (c'est-à-dire avant et/ou après la détermination de la culpabilité, comme dans le cas des ordonnances de confiscation ou de prélèvement génétique). D'autres peines remplissent des fonctions répressives et préventives à la fois; elles sont en même temps des peines et des mesures de sûreté. C'est le cas de la détention préventive à l'égard des criminels dangereux. Nous soutenons que les mesures punitives du *Code criminel*, les sentences et les mesures de sûreté sont des *peines* au plan du droit criminel et des *peines* au plan constitutionnel. Ces distinctions auraient été utiles pour en arriver à une autre conclusion dans l'affaire *Rodgers* et influencer différemment la qualification selon laquelle le fichage de la délinquance sexuelle ne constitue pas une peine.

Ultimement, la juge Charron aurait pu qualifier la mesure coercitive de prélèvement d'ADN consécutif à un verdict de culpabilité comme étant de la nature de la peine au regard du *Code criminel* et au plan du droit criminel. Nous nous expliquons dans le développement qui suit :

⁴⁵⁰ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 485-497.

[...] on différencie par son fondement, la peine de la mesure de sûreté. La peine fait suite à une infraction ou à une tentative d'infraction; la mesure de sûreté peut s'appliquer dans le contexte d'un simple état dangereux. Les peines s'attacheraient plutôt à la fonction répressive du droit pénal tandis que les mesures de sûreté assumeraient surtout la fonction préventive du droit pénal⁴⁵¹.

Par exemple, la détention provisoire avant procès est une mesure de sûreté. Néanmoins, le juge doit en tenir compte au moment de la détermination de la sentence⁴⁵². C'est plutôt selon une *thèse de l'approche globale de la peine* que le juge tiendra compte de la détention provisoire pour fixer la durée de l'emprisonnement à titre de sentence. Mais il peut arriver que le législateur manifeste clairement son intention d'assortir une mesure de sûreté de critères propres et distincts de ceux associés à la détermination de la sentence, auquel cas, ces critères prévaudront et écarteront la thèse de l'approche globale de la peine au moment de l'établissement de la sentence⁴⁵³. Mais cette discussion concernant l'approche globale de la peine ne devrait pas changer la qualification fondamentale que l'on a affaire à des mesures punitives (peines ou mesures de sûreté) qui constituent des peines aux fins du *Code criminel* et du droit constitutionnel. De plus, il est d'autant plus important d'en arriver à cette qualification de peine que des mesures de sûreté sont dans certains cas plus fortement intrusives, afflictives et neutralisantes que la sentence elle-même et elles constituent concrètement et matériellement des atteintes importantes à la liberté des justiciables résultant de leur crime et de leur condamnation criminelle dans l'application du *Code criminel*. Citons d'ailleurs à cet égard les propos de la professeure Dumont :

Le juriste de tradition de common law réprouve souvent l'idée d'une intervention pénale dans le seul but de neutraliser un état dangereux, surtout si aucune infraction n'est encore commise ou prouvée, et il s'inquiète, pour des considérations tout à fait

⁴⁵¹ *Id.*, p. 485-486 ; Voir sur le même thème Bernard BOULOC, *Pénologie*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 41-42.

⁴⁵² Art. 719(3) *C.cr.*

⁴⁵³ *R. c. Craig*, [2009] 1 R.C.S. 762 ; *R. c. Nguyen*, [2009] 1 R.C.S. 826.

légitimes, des atteintes inacceptables à la liberté que le recours à des mesures de sûreté peut entraîner dans une société libre et démocratique⁴⁵⁴.

La conclusion de l'arrêt *Rodgers*⁴⁵⁵ sur la nature non punitive du prélèvement d'ADN, qui opère à la fois comme une peine et une mesure de sûreté autonome de la sentence, a néanmoins créé le cadre d'analyse pertinent pour apprécier la nature juridique du fichage qui arrive après la détermination de la culpabilité et qui est imposé par le juge d'une cour criminelle dans l'application du droit criminel préventif. En effet, dans la foulée de son arrêt *Berthelette*⁴⁵⁶, la Cour d'appel du Québec a eu à décider de la question de la nature du fichage dans une série d'affaires entendues en même temps⁴⁵⁷. À cette occasion, le juge Doyon, s'exprimant pour la majorité de la Cour, s'inspire de l'arrêt *Rodgers*⁴⁵⁸ et conclut à la similarité des deux régimes. Bref, cet arrêt dicte sa conclusion quant à la nature juridique du fichage de la délinquance sexuelle :

25 S'il est vrai que dans cet arrêt l'analyse de la Cour suprême ne porte que sur le prélèvement d'échantillons d'ADN, je suis d'opinion que le raisonnement de la juge Charron peut s'appliquer à la LERDS, même si les deux régimes sont en partie différents. Selon moi, ils sont suffisamment similaires pour que l'on puisse conclure que la LERDS ne participe pas de la peine. Pour reprendre les mots de la juge Charron, ce régime n'est pas "conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine" et ne fait pas partie de l'arsenal des sanctions mis à la disposition d'un tribunal.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 486.

⁴⁵⁵ *Rodgers*, préc., note 230.

⁴⁵⁶ *Berthelette*, préc., note 444.

⁴⁵⁷ *Thériault, Turgeon, Morin et Asselin*, préc., note 21.

⁴⁵⁸ *Rodgers*, préc., note 230.

⁴⁵⁹ *Thériault, Turgeon, Morin et Asselin*, préc., note 21, par. 25.

Ainsi, cette similitude entre les deux régimes, bien qu'imparfaite aux dires du juge Doyon, emporte la conclusion que le fichage de la délinquance sexuelle ne constitue pas une peine criminelle au plan constitutionnel⁴⁶⁰.

Plusieurs autres aspects du régime de fichage fédéral ancienne version auraient dû être considérés pour analyser la question de la nature du fichage instauré par la *LERDS**. D'abord, rappelons que « toute sanction infligée par une autorité judiciaire dans l'application d'une loi pénale est sans doute une peine [...] »⁴⁶¹. Toutefois, dans le cas du fichage de la *LERDS**, on doit débattre de deux difficultés qui en apparence créent des différences par rapport à une peine. D'abord, l'art. 490.012* *C.cr.* demandait au juge de prononcer l'ordonnance d'enregistrement dès que possible *après* le prononcé de la peine, ce qui semble situer le fichage à l'extérieur du champ de la peine⁴⁶². Ensuite, le fait que le fichage ne s'inscrive pas, à première vue, dans l'éventail des peines disponibles au moment de la sentence, semble constituer une seconde difficulté. C'est d'ailleurs cette seconde difficulté qui a amené le juge Doyon à affirmer, en citant la juge Charron dans l'arrêt *Rodgers*⁴⁶³, que le fichage n'était pas « conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine »⁴⁶⁴.

Ces difficultés, selon nous, ne font pas échec à la conclusion qu'on a affaire à une peine si l'on examine de plus près les caractéristiques du processus mis en place par la *LERDS**. D'abord, c'était le juge du procès pénal qui prononçait l'ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, au même titre que d'autres

⁴⁶⁰ La Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. S.S.C.*, préc., note 404, arrive à la même conclusion.

⁴⁶¹ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 47. Voir également l'arrêt *R. c. Lambert* (1994), 93 C.C.C. (3d) 88, par 17 (Nfld C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême refusée à [1995] 1 R.C.S. x.

⁴⁶² De même, s'agissant de l'art. 490.02* *C.cr.* relatif au régime rétrospectif, le législateur a prévu de faire signifier au délinquant sexuel l'avis d'enregistrement dans le cadre de l'exécution de sa peine, alors que le procès pénal terminé. Ainsi, que l'on soit dans le cadre du régime prospectif ou rétrospectif, l'enregistrement entre en ligne de compte à l'extérieur du procès pénal.

⁴⁶³ *Rodgers*, préc., note 230.

⁴⁶⁴ Thériault, préc., note 21, par. 25.

ordonnances punitives – comme celles de dédommagement⁴⁶⁵ ou d’interdiction de possession d’armes⁴⁶⁶. Soulignons d’ailleurs que le caractère punitif de l’interdiction de possession d’armes a été reconnu dans le passé. En effet, dans l’arrêt *Wiles*, la juge Charron a conclu que cette ordonnance remplissait une fonction punitive :

3 [...] Bien qu'elle remplisse avant tout une fonction préventive, l'ordonnance d'interdiction peut avoir un certain effet punitif sur le délinquant, car elle lui supprime le privilège de posséder des armes⁴⁶⁷.

[Nos soulignements.]

Ces propos de la juge Charron étaient tout à fait applicables au cas du fichage fédéral dans sa première mouture : ce fichage a un effet punitif certain sur le délinquant puisqu’il est imposé post verdict et remplit la fonction préventive ultérieure, dite de dissuasion spéciale, et qui est une fonction traditionnelle de la peine. Cette fonction préventive est typique d’une peine et se distingue de la fonction préventive immédiate et temporaire d’une mesure de sûreté lorsqu’elle survient avant la détermination de la culpabilité. Pourtant, les juges des Cours d’appel qui ont examiné la nature du fichage de la délinquance sexuelle n’ont pas fait le parallèle avec l’ordonnance d’interdiction de possession d’armes. On peut se surprendre de cette omission, si l’on considère que la juge

⁴⁶⁵ Dans l’arrêt *R. v. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, la Cour suprême a statué qu’une ordonnance de dédommagement imposée à un délinquant en vertu de l’ancien art. 653 *C.cr.* afin de dédommager les victimes d’actes criminels constituait une sanction pénale qui découlait de l’imposition d’une peine.

⁴⁶⁶ *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895.

⁴⁶⁷ *R. c. Wiles*, *id.*, par. 3. Ces propos ont été tenus dans le contexte de l’art. 12 de la *Charte*. Ils sont cependant pertinents pour nos fins, puisque la reconnaissance d’un caractère punitif associé à l’ordonnance d’interdiction de possession d’armes est illustrative, à notre avis, du fait que ce type d’ordonnance est plus une peine qu’un traitement. D’ailleurs, dans l’arrêt *R. c. Dunn*, *id.*, la Cour suprême s’est penchée sur l’application de l’art. 44e) de la *Loi d’interprétation* relatif à la réduction des sanctions à la suite de l’allègement d’un texte de loi. Les juges majoritaires ont conclu que l’accusé a le droit de bénéficier d’une réduction de peine relativement à l’ordonnance d’interdiction de possession d’armes. Cela était la position voulant que cette ordonnance soit punitive et fasse partie de la sentence.

Charron elle-même n'a pas mentionné ses propres motifs de l'arrêt *Wiles*⁴⁶⁸ lorsqu'elle a rendu six mois plus tard ses motifs dans l'arrêt *Rodgers*⁴⁶⁹. Pourtant, si l'on considère que l'interdiction de possession d'armes est punitive en ce qu'elle supprime le privilège de posséder des armes, le fichage est d'autant plus punitif en imposant des obligations aux délinquants qui survivent à l'exécution de la sentence.

Soulignons également que l'ancienne ordonnance de dédommagement qui exigeait l'initiative de la victime au moment de l'audience de la sentence pour qu'elle soit imposée par le juge du procès a été considérée une peine prise dans l'exercice de la compétence législative en matière criminelle et assimilée à une mesure punitive ressemblant à l'amende et non à une ordonnance civile⁴⁷⁰. Bref, il faut aller au-delà des apparences pour déterminer la nature juridique de la mesure pénale. Rien n'empêche le législateur en matière criminelle de donner à ses peines des caractéristiques matérielles semblables à des ordonnances civiles ou à des retraits de privilège. Mais lorsqu'il le fait, le législateur crée une peine de nature criminelle si cette mesure résulte d'une condamnation criminelle et se retrouve dans la panoplie des peines du *Code criminel*. D'ailleurs, on peut citer la classification des peines et des mesures pénales de la professeure Hélène Dumont pour illustrer que les peines peuvent être classées selon leurs caractéristiques matérielles. Il existe ou a existé les catégories de peine suivantes :

[...] 1° des peines corporelles (par exemple, la peine de mort, le fouet, les mutilations, la torture, la stérilisation, la castration); 2° des peines et mesures privatives de liberté (par exemple, l'emprisonnement déterminé et à perpétuité, la détention préventive, l'internement, la cure fermée de désintoxication ou autres, les travaux forcés, la relégation); 3° des peines restrictives de liberté (par exemple, le sursis avec probation ou mise à l'épreuve, l'absolution conditionnelle [ou inconditionnelle], le bannissement, l'interdiction de séjour, la déportation; 4° des peines pécuniaires et mesures patrimoniales (par

⁴⁶⁸ *Wiles, id.*

⁴⁶⁹ *Rodgers, préc.*, note 230.

⁴⁷⁰ *R. c. Zelensky, préc.*, note 465.

exemple, l'amende, le dédommagement de la victime, la confiscation, les frais de justice, la fermeture d'établissement); 5° des peines et mesures privatives de droits (la mort civile, la dégradation civique, l'interdiction légale, l'incapacité de contracter ou d'hériter, l'incapacité de jouissance de certains droits civils, les interdictions professionnelles); 6° des peines et mesures morales (par exemple, la mise au pilori, le carcan, la publicité de la condamnation, le casier judiciaire, l'atteinte à la réputation).

Cette typologie fondée sur la matérialité des peines démontre que toute mesure coercitive portant atteinte à la vie, à l'intégrité, à la sécurité, à la liberté, à la réputation d'une personne ou constituant une atteinte à ses biens et à ses droits a déjà été une peine dans le passé et apte à l'être dans l'ordre juridique pénal⁴⁷¹.

Enfin, une autre caractéristique du régime de fichage neutralise l'objection que l'ordonnance de fichage de la délinquance sexuelle n'est pas une peine : elle est une sanction découlant de l'application judiciaire d'une loi criminelle. Certains opposeront à notre position un argument de texte, à savoir que l'art. 490.012* *C.cr.* demandait au juge de prononcer l'ordonnance dès que possible *après* le prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux, faisant ainsi du fichage une conséquence postpénale qui ne serait pas de la nature d'une peine. Cet argument ne nous convainc pas puisque l'ordonnance de fichage, même si elle était prononcée sous l'ancien régime dès que possible après le prononcé de la peine, était néanmoins soumise à l'examen judiciaire du juge du procès criminel et n'était aucunement liée au type de décisions propres à la justice administrative. En effet, c'est le juge du procès pénal qui pouvait être saisi d'une requête de fichage par le poursuivant et d'une demande d'exemption par le délinquant sexuel condamné. Cette imposition différée du fichage n'est que procédurale et n'a pas comme effet d'empêcher la conclusion que le fichage a toutes les caractéristiques d'une peine au plan juridique et constitutionnel. On peut d'ailleurs citer l'arrêt *Lyons*⁴⁷² en

⁴⁷¹ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 489.

⁴⁷² *Lyons*, préc., note 330.

matière de dangerosité criminelle dans lequel Lyons suggérait la nécessité d'une audience distincte de la sentence pour discuter de sa dangerosité aux fins d'une application de la détention préventive. La Cour a néanmoins considéré qu'il n'était pas nécessaire de scinder l'audience de la sentence et l'audience en dangerosité. Mais indépendamment d'une procédure unique ou scindée, sans contredit les principes constitutionnels relatifs à la peine de la *Charte* étaient applicables à cette peine de rechange, la détention préventive, qui est aussi une mesure de sûreté neutralisant le risque d'infractions futures. Bien entendu, cette peine de rechange pouvait être imposée à Lyons si tous les critères spéciaux relatifs à cette peine particulière étaient satisfaits, quoique différents des principes de détermination de la sentence ordinaire. Enfin, précisons que lorsque le juge impose le fichage à la suite d'un verdict d'irresponsabilité pour cause de troubles mentaux, le fichage ne peut pas être qualifié de peine, mais uniquement de mesure de sûreté, et ce, au même titre que la mesure d'internement coercitif de l'aliéné jugé irresponsable en vertu de l'article 672.54 *C.cr.* Cette mesure de sûreté est néanmoins imposée à la suite d'un processus qui oblige au respect de garanties judiciaires propres à la procédure pénale. Bref, le fichage de l'aliéné mental en de telles circonstances devrait emporter des garanties procédurales analogues à celles de la mesure d'internement coercitif.

Bref, nous sommes d'opinion que le régime de fichage de la *LERDS** qui donnait lieu à une décision différée et distincte de la sentence constituait néanmoins une peine. De plus, le fichage résulte d'une décision judiciaire de nature criminelle. Par conséquent, l'ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels constituait une peine nouvelle instaurée dans le *Code criminel* qui peut obéir à ses critères propres comme ceux propres à la détention préventive. Mais on doit donc conclure que le fichage fédéral en tant que peine devait être soumis au contrôle constitutionnel de la *Charte* et ce régime devait être aménagé de manière à respecter ses principes.

Avec les nouvelles dispositions de la *LERDS*, notre conclusion est dorénavant plus facile à soutenir puisque le législateur confie la décision de fichage au juge qui impose la

peine après le verdict et en même temps que la détermination de la sentence. Sous la nouvelle *LERDS*, le fichage est maintenant une peine et devrait être compatible avec des principes de *Charte* relatifs à la peine.

2.2.1.3. La *LERDS* : l'imposition d'une peine

Les nouvelles dispositions relatives au fichage de la délinquance sexuelle donnent lieu à une décision prise lors de la détermination de la sentence et par conséquent, l'ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels s'inscrit bel et bien dans l'imposition d'une peine. En effet, le nouvel art. 490.012 *C.cr.* indique que le juge du procès pénal doit ordonner le fichage *lors* du prononcé de la peine ou du verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Cette modification par laquelle le législateur transfère le prononcé de l'ordonnance de fichage à la phase sentencielle indique de manière non équivoque que le fichage constitue une peine.

Si le fichage paraît en raison de ses caractéristiques matérielles une peine d'un nouveau genre, c'est la combinaison suivante qui en fait une peine au plan juridique : le fichage est une conséquence punitive qui fait suite à un verdict de culpabilité pour une infraction criminelle imposée par le juge saisi de la poursuite criminelle⁴⁷³.

En résumé, nous estimons que l'ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels découle, tant sous l'ancien que l'actuel régime de la *LERDS*, de l'imposition d'une peine et est une sanction punitive devant satisfaire certaines garanties propres à la décision judiciaire pénale. D'ailleurs, à quelques occasions, la Cour suprême a

⁴⁷³ H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? », préc., note 20.

pris acte du fait que les règles de libération conditionnelle pouvaient faire partie intégrante de la peine en vertu du *Code criminel*. Bref, selon les critères précités, des règles de libération conditionnelle, ordinairement des règles d'exécution de la peine d'emprisonnement administrées et appliquées par la Commission des libérations conditionnelles (un décideur administratif qui n'impose pas une peine, mais qui doit respecter les principes de justice naturelle) deviennent une peine criminelle si elles sont appliquées par un juge au moment du prononcé de la sentence⁴⁷⁴. Les règles de libération conditionnelle dérogatoires à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions*⁴⁷⁵ imposées par le juge pénal deviennent ainsi une peine et sont soumises au contrôle constitutionnel des principes de *Charte* relatifs à la peine. *A fortiori* pour le fichage de la délinquance sexuelle!

Nous estimons donc que l'ordonnance d'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels découle, tant sous l'ancien que l'actuel régime de la *LERDS*, de l'imposition d'une peine et constitue une sanction punitive devant satisfaire certaines garanties propres à la décision judiciaire de nature criminelle.

2.2.1.4. Les garanties à respecter

Si le fichage de la délinquance sexuelle est une peine comme nous le soutenons, il devrait alors respecter plusieurs garanties judiciaires qui sont spécifiques à la peine en vertu de la *Charte*. Or, si la *LERDS** a pu offrir quelques garanties propres au système judiciaire en tant que tel, la nouvelle *LERDS* contrevient aux garanties les plus fondamentales de notre système de justice criminelle, aussi bien des garanties propres à la décision judiciaire elle-même qu'à la justice pénale et constitutionnelle.

⁴⁷⁴ R. c. *Luxton*, [1990] 1 R.C.S. 711, par. 9 ; R. c. *Zinck*, [2003] 1 R.C.S. 41, par. 22.

⁴⁷⁵ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions*, L.C. 1992, ch. 20.

2.2.1.4.1. La LERDS* et les principes de justice naturelle

En ce qui concerne le respect des règles *audi alteram partem* et *nemo judex in sua causa* dont nous avons précédemment discuté les caractéristiques distinctives, le régime instauré par la LERDS* prévoyait certaines garanties judiciaires qui permettaient d'assurer en partie le respect de ces règles. En effet, le délinquant sexuel avait la possibilité, tant dans le régime rétrospectif que prospectif de la LERDS*, de se faire entendre devant un juge de la Cour supérieure ou d'une cour de juridiction criminelle (bref, par un juge indépendant et impartial). Les anciennes dispositions du *Code criminel* relatives aux dispositifs d'exemption reconnaissent implicitement le droit du délinquant sexuel de formuler des observations au juge qui statuera sur l'ordonnance d'enregistrement de renseignements. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé que la règle *audi alteram partem* devait être respectée en exigeant du juge du fichage qu'il avise le délinquant sexuel du mécanisme d'exemption afin de lui offrir la possibilité de fournir des arguments⁴⁷⁶.

Paradoxalement, ce dispositif qui assurait le respect de la règle *audi alteram partem* violait cependant une règle fondamentale de preuve en matière de détermination de la peine en vertu du droit criminel. De fait, le régime instauré par la LERDS* autorisait le juge à ordonner le fichage dès lors que le poursuivant lui en faisait la demande, à moins que le délinquant ne fasse la preuve selon la balance des probabilités qu'il satisfaisait aux critères légaux autorisant l'exemption. Le poursuivant n'avait donc pas à prouver le risque élevé de récidive criminelle, un facteur aggravant, puisque c'est le délinquant sexuel qui devait démontrer par exemple son faible risque de récidive, un facteur atténuant. En imposant aux contrevenants sexuels de faire la preuve prépondérante qu'ils ne devaient pas être fichés, le législateur évitait au poursuivant de faire la preuve hors de tout doute raisonnable (selon

⁴⁷⁶ *R. v. Turnbull*, préc., note 234, par. 43; *R. v. T.L.B.*, préc., note 235, par. 10; *R. v. T.C.*, préc., note 70, par. 36; *R. v. Butz*, préc., note 235.

l'art. 724(3)e) *C.cr.*) d'un facteur aggravant susceptible de justifier une mesure comme le fichage de la délinquance sexuelle. Il faut rappeler que ce fardeau de preuve énoncé explicitement à la partie XXIII du Code criminel est une codification d'un principe fondamental de preuve énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Gardiner*⁴⁷⁷ en matière de facteurs aggravants sur sentence. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous sommes d'avis que le législateur aurait dû obliger le poursuivant à faire la preuve hors de tout doute raisonnable du risque actuel et significatif de récidive criminelle comme condition préalable à une demande de fichage de la délinquance sexuelle. À tout le moins, s'agissant de l'appréciation d'un risque futur, le poursuivant devrait assumer un fardeau de prépondérance de preuve comme on l'a déjà discuté dans l'arrêt *Lyons* en matière de dangerosité future⁴⁷⁸.

Enfin, dans sa première forme, la *LERDS** prévoyait que le juge devait motiver sa décision d'accorder ou de refuser l'exemption ou la dispense⁴⁷⁹. Or, le régime de fichage faisant à notre avis partie de la détermination de la peine, la *LERDS** aurait dû prévoir que même lorsqu'aucune demande d'exemption n'a été formulée, le juge avait l'obligation de rendre une décision motivée afin d'expliquer au justiciable pourquoi une telle décision a été rendue et afin de permettre un examen en appel.

2.2.1.4.2. La *LERDS* : la presque totale absence de la justice naturelle

D'après les nouvelles dispositions de la *LERDS*, l'ordonnance de fichage fait partie du processus de détermination de la peine. Pour cette raison, on aurait pu s'attendre à un accroissement des garanties juridiques à son endroit. Or, le législateur fait précisément le contraire en diminuant de manière substantielle les garanties propres au processus judiciaire

⁴⁷⁷ *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368.

⁴⁷⁸ *Lyons*, préc., note 330.

⁴⁷⁹ Ancien art. 490.012(5)* *C.cr.*

qui existaient sous l'ancien régime. Bref, le justiciable est dans une pire posture procédurale que le justiciable contre lequel on prend une décision de nature purement administrative et qui a minimalement le droit à l'équité, et il a dans un processus formellement judiciaire moins que les règles de justice naturelle.

En ce qui concerne la règle *audi alteram partem*, c'est encore la disparition du mécanisme d'exemption qui suscite les inquiétudes. De fait, l'exemption abrogée, le délinquant sexuel n'a plus la possibilité de se faire entendre⁴⁸⁰ et le juge n'a plus l'obligation de motiver sa décision par rapport au fichage de la délinquance sexuelle. Le délinquant ne peut donc plus invoquer le faible risque de récidive qu'il présente, un facteur atténuant pourtant pertinent. Par ailleurs, il va sans dire que le poursuivant n'a pas à respecter les exigences en matière de preuve qui sont en vigueur lors de la phase sentencielle – comme la règle de l'art. 724(3)e) *C.cr.* En effet, le fichage est automatique dès lors que le juge a affaire à une infraction désignée à l'art. 490.011 *C.cr.*

Enfin, même si le fichage est ordonné par un juge indépendant et impartial, il n'en demeure pas moins que ce juge n'a plus de discrétion judiciaire en raison du caractère désormais obligatoire du fichage. Bref, si la *LERDS** soulevait certaines inquiétudes quant aux garanties judiciaires dont jouit généralement un contrevenant lors de la phase sentencielle, la nouvelle version de la *LERDS* est véritablement préoccupante : il n'y a désormais aucune garantie judiciaire propre à la décision judiciaire punitive (ou presque) alors que le législateur a pourtant intégré l'émission de l'ordonnance de fichage dans le processus de détermination de la peine! Peut-être faudrait-il rappeler au législateur que la Cour suprême dans l'arrêt *Johnson*⁴⁸¹ a réintroduit la discrétion judiciaire en matière de

⁴⁸⁰ La possibilité de demander la révocation de l'ordonnance de fichage est conservée, ce qui permet au délinquant de se faire entendre. Cependant, ce mécanisme est nettement insuffisant pour satisfaire à la règle *audi alteram partem* puisqu'il n'intervient qu'après l'écoulement d'un certain délai. Le délinquant est donc assujéti au fichage pendant une période minimale avant de pouvoir faire valoir ses arguments. Or, la règle *audi alteram partem* exige que le délinquant puisse se faire entendre à la première occasion, donc au moment où l'ordonnance est prononcée.

⁴⁸¹ *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357.

dangereuse criminelle même si des modifications législatives prévoyaient une imposition obligatoire de la détention préventive par le juge, une fois remplies les conditions d'ouverture par le poursuivant. Donc, l'exercice et le maintien d'une discrétion judiciaire constituent un minimum au plan constitutionnel lorsqu'il s'agit de davantage punir un délinquant et de le soumettre à une conséquence pénale qui alourdit sa peine.

Ces observations étant faites, il convient maintenant d'examiner le régime de fichage à la lumière des principes constitutionnels régissant la peine.

2.2.2. Conséquences sur les principes constitutionnels propres à la peine qu'il faut respecter

2.2.2.1. Le droit à la peine la plus douce

La Charte prévoit le droit de bénéficier de la peine la plus douce :

11. Tout inculpé a le droit :

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

C'est dans le contexte de l'application du régime rétrospectif de fichage prévu par la *LERDS** que certains justiciables ont invoqué la protection constitutionnelle offerte par l'art. 11i) de la *Charte*. Les Cours d'appel qui se sont penchées sur cette question ont refusé d'appliquer cette garantie, puisqu'elles ont déterminé qu'une des conditions *sine qua non* à la mise en œuvre de l'art 11 i) n'était pas respectée étant donné que le fichage ne constituait

pas une peine. Comme nous avons soutenu le contraire, il s'agit de se demander comment et dans quelles circonstances on peut revendiquer le bénéfice de la peine la plus douce lorsqu'il est question de cette peine particulière.

Dans le cas du fichage de la délinquance sexuelle, l'application de la protection offerte par l'art. 11i) se soulève d'abord dans un contexte de droit transitoire. Comme le législateur a modifié sa loi à quelques reprises et qu'il est passé à une loi davantage punitive avec sa version récente, il faut conclure qu'au moment de la détermination de la peine, le justiciable qui a commis une infraction désignée alors que la version précédente était en vigueur a le droit de demander l'application de la *LERDS** dans sa version antérieure plus favorable. Si l'art. 11i) s'applique au fichage fédéral de la délinquance sexuelle, les dispositions d'application rétrospective contenues à la *LERDS** contreviennent à la *Charte*. Par ailleurs, les nouvelles dispositions soulèvent un problème de droit transitoire, car elles sont plus afflictives que les anciens articles – notamment en raison de la disparition du mécanisme d'exemption. D'ailleurs, l'arrêt *Johnson*⁴⁸² que nous avons évoqué précédemment est on ne peut plus clair sur ce point.

Même si l'on soutient tout de même que le fichage n'est pas une peine au sens du *Code criminel*, notre point de vue est le suivant : le fichage du délinquant sexuel emporte de véritables conséquences pénales à son endroit, de sorte que la décision doit être respectueuse des garanties propres à la peine de la *Charte* selon l'arrêt *Wigglesworth*⁴⁸³. Cet arrêt est souvent mal compris sous l'un de ses aspects. La Cour suprême estime que les principes constitutionnels reliés à la *peine* peuvent s'appliquer non seulement à la peine infligée dans une procédure criminelle, mais également dans un processus qui n'est pas de nature criminelle, par exemple dans un processus disciplinaire qui donne lieu à une décision qui emporte de véritables conséquences pénales comme une sanction d'emprisonnement ou une amende. Bref, la conséquence pénale analogue à une peine criminelle donne ouverture

⁴⁸² *Id.*

⁴⁸³ *Wigglesworth*, préc., note 329.

aux garanties judiciaires de la *Charte* propres à la procédure criminelle et, selon le cas, à l'application des principes constitutionnels relatifs à la peine à une sanction disciplinaire afflictive de type criminel par exemple. D'ailleurs, l'arrêt *Lambert*⁴⁸⁴ nous rappelle que le mot « peine » de l'art. 11i) vise non seulement les sentences formelles imposées par le tribunal, mais aussi les traitements punitifs ou coercitifs remplissant une fonction dissuasive.

Par contre, si la modification législative concerne le retrait d'un avantage qui n'est pas une peine, comme le retrait d'un privilège découlant d'une loi provinciale, la personne qui a été condamnée sous l'empire de la loi ancienne ne pourra demander l'application de la loi antérieure qui ne lui enlevait pas ce privilège⁴⁸⁵. On a refusé d'étendre la garantie constitutionnelle de l'art. 11i) à certaines de ces situations, par exemple à la révocation d'un permis de conduire découlant d'une condamnation criminelle⁴⁸⁶ et aux conséquences civiles d'une infraction criminelle⁴⁸⁷. De plus, si la modification législative concerne les mécanismes de libération conditionnelle et augmente la rigueur des règles d'admissibilité à la libération conditionnelle, des règles d'exécution de la peine d'emprisonnement, la personne condamnée sous l'empire de l'ancienne loi ne peut demander le bénéfice de cette loi plus douce si elle purge sa peine d'emprisonnement et n'a pas encore bénéficié de la libération conditionnelle au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. On a même refusé à un détenu le droit de revendiquer l'art. 11i) si les règles de libération conditionnelle étaient modifiées en cours d'incarcération et qu'elles devenaient plus avantageuses⁴⁸⁸. En revanche, on a estimé que l'art. 11i) permet à un détenu de bénéficier de la réduction de la période de non-admissibilité à la libération conditionnelle découlant d'une modification

⁴⁸⁴ *Lambert*, préc., note 461, par. 19.

⁴⁸⁵ Voir notre précédent développement sur l'application rétrospective de la loi.

⁴⁸⁶ *R. c. Pellerin*, *R. c. Lauzon*, (1982) 17 M.V.R. 203 (C.S.P. Québec); *Lebel c. La Reine*, (1983) 30 C.R. (3d) 285 (C.S. Québec).

⁴⁸⁷ *Lebel c. R.*, *id.*; *Bulmer c. Alberta (Solicitor General)*, (1987) 36 D.L.R. (4th) 688 (Alta C. Q. B.).

⁴⁸⁸ *Compeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1987] 3 C.F. 682 (C.F. 1^{er} instance); François CHEVRETTE, Hugo CYR et François TANGUAY-RENAUD, « La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive », dans BEAUDOIN, G.-A. et MENDES, E. (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 595, à la p. 781.

législative entrée en vigueur durant les procédures de première instance⁴⁸⁹ ou entre le prononcé de la sentence et l'appel de cette sentence⁴⁹⁰.

2.2.2.2. Nul ne peut être puni deux fois pour le même crime

L'art. 11h) de la Charte prévoit ce qui suit :

11. Tout inculpé a le droit :

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni.

L'application de cette garantie juridique au régime fédéral de fichage de la délinquance sexuelle soulève deux préoccupations. Il s'agit de la question de la double décision et celle du double fichage, que nous examinerons maintenant l'une à la suite de l'autre.

2.2.2.2.1. La question de la double décision

Dans la première version de la *LERDS**, le fichage de la délinquance sexuelle donnait lieu, comme nous l'avons vu, à une décision différée et distincte de la sentence. Le délinquant sexuel aurait-il pu invoquer l'art. 11h) de la *Charte* à l'encontre de l'ordonnance de fichage, alléguant qu'il a déjà été trouvé coupable et puni pour l'infraction désignée et ne peut plus faire l'objet d'une peine additionnelle de fichage pour la même infraction? Même si la question mérite un examen sérieux en raison des éléments militant pour la

⁴⁸⁹ *R. v. Lambert*, préc., note 461.

⁴⁹⁰ *R. v. Olah*, (1997) 115 C.C.C. (3d) 389 (C.A. Ont.), permission d'en appeler à la Cour suprême refusée à [1998] 1 R.C.S. xii.

reconnaissance du caractère punitif du fichage, la jurisprudence a rendu très hypothétique l'application de l'art. 11h) de la *Charte* dans ce contexte en refusant de reconnaître au fichage le statut de peine⁴⁹¹.

En effet, les Cours d'appel ont conclu à la nature non punitive du fichage fédéral de la délinquance sexuelle. Ce faisant, elles ont situé le fichage à l'extérieur du processus pénal, rendant impossible l'application de l'art. 11h). Par ailleurs, la Cour suprême a statué que l'art. 487.055 *C.cr.* ne contrevenait pas à l'art. 11h), car l'ordonnance de prélèvement d'ADN n'est pas une peine⁴⁹². La Cour suprême des États-Unis a suivi un cheminement similaire dans l'arrêt *Kansas v. Hendricks* en concluant qu'un régime visant à imposer une détention indéterminée aux délinquants sexuels dangereux à l'expiration de leur peine d'emprisonnement déterminée ne constituait pas une peine supplémentaire pour la même infraction, mais plutôt une mesure civile d'internement ne donnant pas lieu à l'application de la règle du double péril⁴⁹³. Soulignons que la règle constitutionnelle interdisant le double péril a reçu une interprétation étroite dans le droit constitutionnel canadien, la protection constitutionnelle étant davantage minimale que la règle de common law⁴⁹⁴. Cette tendance de dissocier du processus de la détermination de la peine certaines mesures préventives (le fichage, le prélèvement génétique ou la détention civile à durée indéterminée à l'expiration légale de la peine en vigueur aux États-Unis) donne lieu à une érosion du principe constitutionnel interdisant de punir deux fois un individu pour un même crime.

⁴⁹¹ L'application de l'art. 11h) a par ailleurs déjà été refusée, comme par exemple dans l'arrêt *R. v. C.L.B.*, 2010 ABCA 134.

⁴⁹² *Rodgers*, préc., note 230.

⁴⁹³ *Kansas v. Hendricks* (1997), 521 U.S. 346.

⁴⁹⁴ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p.16.

2.2.2.2.2. La question du double fichage

Nous l'avons vu, le fichage de la délinquance sexuelle au Canada revêt un caractère polycentrique en raison de la possibilité de légiférer au niveau fédéral et provincial sur cette question. À la lumière de l'art. 11h) de la *Charte*, on peut se demander si l'émission, par exemple, d'une ordonnance de fichage fédéral alors que le délinquant sexuel est déjà soumis à un régime de fichage provincial a pour effet de punir deux fois le délinquant pour un même crime.

Pour répondre à cette question, on peut se référer à deux exemples jurisprudentiels. D'abord, dans l'arrêt *Wigglesworth*⁴⁹⁵, on a jugé que l'art. 11h) n'interdisait pas de reconnaître un policier coupable d'une infraction disciplinaire, puis de le poursuivre pour des voies de fait relativement aux mêmes événements. Ensuite, dans l'arrêt *Shubley*⁴⁹⁶, l'art. 11h) n'a pas empêché de poursuivre pour voies de fait causant des lésions corporelles un détenu déjà condamné par l'institution pénitentiaire à des sanctions disciplinaires pour les mêmes faits. Dans ces deux exemples, on a jugé qu'il n'y avait pas identité entre l'infraction disciplinaire et l'infraction criminelle, l'une étant administrative (pénitentiaire ou disciplinaire) et l'autre, criminelle. On a refusé d'appliquer la règle du double péril à ces cas d'espèce. Bref, cet argument prévaudrait même si l'on concluait que le fichage fédéral constitue une peine.

En définitive, vu les arrêts *Wigglesworth*⁴⁹⁷ et *Shubley*⁴⁹⁸, il y a fort à parier que l'art. 11h) ne s'appliquerait pas dans le contexte du cumul d'une mesure de fichage provincial appartenant au domaine administratif et d'une ordonnance fédérale de fichage relevant du droit criminel.

⁴⁹⁵ *Wigglesworth*, préc., note 329.

⁴⁹⁶ *R. c. Shubley*, (1988) 63 O.R. (2d) 161 (C.A. Ont.), conf. à [1990] 1 R.C.S. 3.

⁴⁹⁷ *Wigglesworth*, préc., note 329.

⁴⁹⁸ *R. c. Shubley*, préc., note 496.

2.2.2.3. Le châtement cruel et inusité

L'art. 12 de la *Charte* prévoit que « chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». À ce jour, on n'a pas invoqué que les dispositions relatives au fichage canadien de la délinquance sexuelle contrevenaient à cet article⁴⁹⁹. En ce qui a trait aux anciennes dispositions de la *LERDS**, nous avons vu que la possibilité de contrôler l'émission d'une ordonnance de fichage découlant des mécanismes d'exemption pouvait constituer un processus de contrôle valable⁵⁰⁰, à la condition que ces mécanismes soient appliqués de manière contextuelle et individualisée. Partant, il n'est pas certain que l'art. 12 de la *Charte* aurait pu être invoqué avec succès à l'encontre de la *LERDS** et les considérations de l'arrêt *Lyons* peuvent ici être reprises pour l'affirmer⁵⁰¹.

En revanche, nous sommes d'opinion que l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le fichage soulève des inquiétudes quant à leur conformité avec l'art. 12. En plus d'être transférée à la phase de la détermination de la peine, l'ordonnance de fichage est prononcée de manière automatique et a une durée impérative qui peut être perpétuelle, sans égards aux caractéristiques du contrevenant. On ne peut plus contrôler le fichage dans l'exercice d'une discrétion judiciaire de bon aloi, le mécanisme d'exemption ayant été abrogé⁵⁰². Le fichage n'est donc pas mesuré ou proportionné à la situation du contrevenant. Or, il est maintenant acquis qu'une peine doit être respectueuse, d'après l'art. 12, d'un impératif de proportionnalité qui se retrouve dans l'exigence d'imposer une peine non

⁴⁹⁹ Dans l'arrêt *Dyck*, préc., note 198, la Cour d'appel de l'Ontario a toutefois statué que le régime instauré par la *Loi de Christopher* ne contrevenait pas à l'art. 12 de la *Charte*, et ce, malgré qu'il s'applique automatiquement à tous les délinquants sexuels. Comme le fichage ontarien de la délinquance sexuelle, à l'instar des autres mécanismes provinciaux, est à notre avis de nature administrative, cette question pourrait être éventuellement analysée sous l'angle de l'art. 7 de la *Charte*. En effet, l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, consacre en principe de justice fondamentale la protection contre les châtements cruels et inusités. Ainsi, la décision administrative provinciale de fichier un délinquant sexuel, qui est attentatoire aux droits à la liberté et à la sécurité, ne doit pas être exagérément disproportionnée si l'on veut respecter l'art. 7 de la *Charte*.

⁵⁰⁰ Au sens des arrêts *Lyons*, préc., note 330, et *Charkaoui*, préc., note 407.

⁵⁰¹ *Lyons*, préc., note 330.

⁵⁰² *Lyons*, préc., note 330, et *Charkaoui*, préc., note 407.

exagérément disproportionnée à ce que mérite le crime et le contrevenant⁵⁰³. L'imposition automatique du fichage à tout le groupe des délinquants sexuels indistinctement, sans considération aucune pour « la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire »⁵⁰⁴, nous fait douter sérieusement de la conformité de la *LERDS* nouvelle version avec l'art. 12 de la *Charte*.

En somme, la première version de la *LERDS** a soulevé des arguments d'inconstitutionnalité qui n'ont toutefois pas été accueillis par les tribunaux supérieurs, essentiellement en raison de la déqualification du fichage comme peine de nature criminelle. Il est en donc résulté une érosion des principes constitutionnels propres à la peine. Cette déqualification est propice à une loi abusive et très afflictive qui ne serait aucunement acceptable, s'agissant d'une loi créant une peine criminelle. Par ailleurs, la nature encore plus afflictive de la nouvelle version de la *LERDS* ravivera assurément le débat constitutionnel. Ce sera alors l'occasion de réexaminer la nature véritable du fichage. Nous espérons que les tribunaux revisiteront leurs conclusions, car les modifications législatives apportées – dont le transfert du fichage à l'intérieur de la phase sentencielle et la disparition de l'exemption – remettent en cause les anciennes conclusions de la jurisprudence.

Examinons maintenant comment la *LERDS* nouvelle version est aménagée en contravention des principes fondamentaux du *sentencing* canadien.

⁵⁰³ *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072; *R. c. Lyons*, préc., note 330, p. 345; *R. c. Luxton*, préc., note 474.

⁵⁰⁴ *R. c. Smith*, *id.*, p. 1073.

2.2.3. Conséquences sur les principes fondamentaux de sentencing à respecter (LERDS dernière version)

L'imposition d'une peine constitue un exercice judiciaire d'équilibrage entre des fonctions de justice (comme la rétribution formelle, la réciprocité et le blâme) et de sécurité (comme la dissuasion générale et spécifique, la neutralisation et la réhabilitation)⁵⁰⁵. Mais dans le cas du fichage de la délinquance sexuelle instauré par la *LERDS*, comment cet exercice judiciaire d'équilibrage peut-il être juste tout en assurant la protection du public? La réponse à cette question se trouve du côté des principes directeurs du *sentencing* canadien : la peine de fichage sera juste et permettra d'assurer la protection du public si elle respecte le principe de la justice méritée, si elle est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, et si elle prend en compte les facteurs atténuants et aggravants propres à chaque espèce.

Dans cette partie de notre mémoire, notre propos est bien modeste : il vise essentiellement à mettre en exergue que la nouvelle version de la *LERDS* ne respecte pas les exigences fondamentales de la pénologie canadienne qui se retrouvent dans la partie XXIII du *Code criminel*. Or, nous soutenons que la *LERDS* devrait être élaborée de façon compatible avec les principes fondamentaux du *sentencing* canadien. Un tel processus présenterait un double avantage : il mettrait d'une part un frein à l'érosion des principes constitutionnels propres à la peine découlant de l'application de la *LERDS* en instaurant des garanties judiciaires, et il permettrait d'autre part à la *LERDS* de mieux remplir ses objectifs de protection du public, de prévention du crime⁵⁰⁶ et de justice criminelle en matière punitive. Examinons maintenant chacun des principes de la pénologie canadienne pertinents à notre étude, en commençant par celui de la justice méritée.

⁵⁰⁵ Maurice CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987, p. 198-199.

⁵⁰⁶ Art. 2 *LERDS*.

2.2.3.1. Le principe de la justice méritée

Longtemps, la peine a été injuste et abandonnée à l'arbitraire de l'administration⁵⁰⁷. Durant les années 1970, certains auteurs ont fait un retour au rétributivisme en dénonçant les conceptions purement et abusivement utilitaires de la peine⁵⁰⁸. Ce nouveau rétributivisme kantien a milité pour l'imposition d'une peine justement méritée qui s'est traduite dans la théorie du *just desert*. Il ne s'agit donc plus uniquement de protéger la société au moyen de la peine, mais comme l'avait Kant, de faire justice⁵⁰⁹. Ce concept de juste dû traduit à la fois les idées de blâme moral et de proportionnalité contenues dans la peine⁵¹⁰. Enfin, cette conception incorpore l'idée que la peine, pour être juste, doit s'inscrire dans un procédé acceptable qui respecte le *due process* ou les principes de justice fondamentale⁵¹¹.

Or, le fichage instauré par la nouvelle *LERDS* comporte, comme nous l'avons démontré précédemment, des lacunes importantes au regard des principes de justice fondamentale ou de *due process* : si le juge du procès pénal est responsable d'ordonner le fichage, les accrocs aux principes de justice fondamentale sont multiples et la discrétion du juge est réduite à néant. Pire encore, il n'y a pas d'individualisation dans la décision du

⁵⁰⁷ P. PONCELA, préc., note 3, p. 69.

⁵⁰⁸ J. RAWLS, préc., note 6, et Andrew VON HIRSCH, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, Hill & Wang, 1976.

⁵⁰⁹ Alvaro P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », dans Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. n° 2, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1998, p. 145 ; voir généralement Alvaro P. PIRES, « Le devoir de punir : le rétributivisme face aux sanctions communautaires », (1990) 32 *Revue canadienne de criminologie* 441.

⁵¹⁰ P. PONCELA, préc., note 3, p. 70.

⁵¹¹ H. Dumont, *Pénologie*, préc., note 23, p. 128. Comme le souligne la professeure Dumont, l'ouvrage de Herbert L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, a eu un impact important en droit pénal canadien. En effet, dans ce livre, le professeur Packer présente le modèle du *due process* conçu pour protéger les droits de l'accusé à toutes les étapes de la procédure pénale. Ce modèle se préoccupe entre autres de la justice et de l'égalité de traitement. Pour un résumé des thèses de Packer, voir Kent ROACH, *Due Process and Victims' Rights. The New Law and Politics of Criminal Justice*, University of Toronto Press, Toronto, 1999, p. 12-28.

fichage alors que la détermination de la peine *doit* pourtant être individualisée⁵¹². Bref, le dosage des principes requis en matière de *sentencing* n'opère pas en matière de fichage de la délinquance sexuelle et ne repose sur aucune considération de justice individuelle ou d'équité et d'égalité entre les contrevenants sexuels⁵¹³. Le fichage de la délinquance sexuelle est totalement irréconciliable avec les principes de la justice méritée, en ce qu'il viole les règles de la justice individualisée, le principe de l'harmonisation des décisions punitives si les contrevenants présentent les mêmes caractéristiques et celui de la différenciation s'ils ont des caractéristiques différentes⁵¹⁴.

2.2.3.2. Le principe de la proportionnalité

Le fichage est ainsi aménagé de façon à faire fi du principe fondamental de proportionnalité. Ce principe rétributiviste, c'est celui de la « commune mesure »⁵¹⁵ : il doit y avoir correspondance entre la sévérité de la peine, l'ampleur des préjudices causés par le délinquant et son degré de responsabilité⁵¹⁶. En d'autres termes, il doit y avoir proportionnalité entre crime et châtement⁵¹⁷. Il s'agit du principe fondamental du *sentencing* canadien, codifié à l'art. 718.1 *C.cr.* :

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

⁵¹² R. c. *Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 82 et R. c. *Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 93.

⁵¹³ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 129.

⁵¹⁴ Art. 718.2b) *C.cr.*

⁵¹⁵ M. CUSSON, préc., note 505, p. 186.

⁵¹⁶ *Id.*

⁵¹⁷ H. Dumont, *Pénologie*, préc., note 23, p. 125.

Ce principe est conçu différemment selon la version du rétributivisme à laquelle on adhère⁵¹⁸. Pour certains rétributivistes, la proportionnalité comporte un élément de vindicte et serait l'expression de la vengeance collective. Cette conception a toutefois été rejetée par la Cour suprême, car « la vengeance n'a aucun rôle à jouer dans un système civilisé de détermination de la peine »⁵¹⁹. Il faut distinguer la rétribution comme une expression de la vengeance et le principe de proportionnalité qui mesure la peine de façon rétrospective, c'est-à-dire en fonction du crime commis et du degré de culpabilité du contrevenant au moment du crime. On peut toutefois se demander si la nouvelle version de la *LERDS* n'est pas exclusivement le résultat d'une vengeance collective aveugle en raison de son postulat selon lequel *tous* les délinquants sexuels présentent un risque de récidive criminelle justifiant l'imposition du fichage. Nous avons précédemment vu que la *LERDS* est née au sein de la communauté de peur à laquelle réfère Beck⁵²⁰. C'est, en quelque sorte, la passion, l'émotivité et l'hypersensibilité au danger qui ont dicté le recours au fichage et à son traitement indifférencié de la délinquance sexuelle. L'idée de vengeance traite tous les délinquants sexuels de la même façon, sans aucune individualisation, et on peut reprendre à notre compte comment Packer résumait la théorie de la vengeance : « you hurt X; we will hurt you »⁵²¹. Bref, même si la Cour suprême a formellement interdit le recours à la vengeance comme mesure de la punition, certains pourraient prétendre que le législateur n'a pas repris à son compte cette interdiction d'exprimer la vengeance en édictant la *LERDS*.

D'ailleurs, au moment de rédiger la *LERDS*, le législateur aurait mieux fait de s'inspirer de la proportionnalité expressive ou symbolique⁵²², c'est-à-dire celle qui est

⁵¹⁸ Dans leur article, les professeurs Jodouin et Sylvestre discutent plusieurs conceptions de la proportionnalité dans les thèses rétributivistes. Nous discuterons uniquement des conceptions qui nous semblent les plus pertinentes pour la peine de fichage. A. JODOUIN et M.-È. SYLVESTRE, préc., note 3, 534-539.

⁵¹⁹ R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80; A. JODOUIN et M.-È. SYLVESTRE, préc., note 3, 534-535.

⁵²⁰ U. Beck, préc., note 13.

⁵²¹ H. L. PACKER, préc., note 511, p. 38.

⁵²² A. JODOUIN et M.-È. SYLVESTRE, préc., note 3, 536.

exprimée à l'art. 718.1 *C.cr.* Dans cette vision du principe de la proportionnalité, « la peine permet alors d'exprimer la désapprobation sociale, tout en protégeant le contrevenant en assurant que la peine sera proportionnelle à son degré de culpabilité morale »⁵²³. La justice méritée, ou le juste dû, comporte nécessairement une telle vision de la proportionnalité⁵²⁴. Ce principe emporte l'idée de la mesure et de la modération⁵²⁵. Ainsi, la peine de fichage devrait absolument être le résultat d'un processus judiciaire individualisé dans lequel les caractéristiques du contrevenant et de l'infraction ont été pondérées pour donner la juste mesure du fichage.

Cette vision de la proportionnalité emporte l'idée de modération qui reflète une notion de maîtrise de soi informée : ce principe reconnaît la douleur et les privations que les peines trop sévères peuvent infliger aux contrevenants⁵²⁶. Or, le fichage que l'on impose avec la version actuelle de la *LERDS* est tout, sauf modéré : ce qui dicte la mesure du fichage, faut-il le redire, c'est la gravité objective (caractère sexuel) du crime. Étant donné qu'il s'agit du seul facteur d'appréciation, le fichage punitif peut être excessif au regard des deux composantes du principe de proportionnalité qui sont écartées comme facteurs pertinents d'appréciation. Des crimes sexuels de gravité différente peuvent donner lieu à un fichage d'une même durée. L'absence de considération du degré de responsabilité individuelle fait en sorte que le principe de juste mesure de la peine est mis au rancart. On écarte ainsi le préambule de l'art. 718 de la partie XXIII du *Code criminel* voulant que la détermination de la peine donne lieu à l'imposition de sanctions justes et assure le maintien d'une société à la fois juste, paisible et sûre. On lui a plutôt préféré un processus objectif qui donne lieu à un fichage injuste au plan individuel en vue d'assurer la seule protection de la société. Le fichage s'avère du reste totalement injustifié au regard des données scientifiques sur la délinquance sexuelle, et les durées de fichage prévues législativement

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ Andrew VON HIRSCH, Andrew ASHWORTH et Julian ROBERTS (dir.), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, 3^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2009.

⁵²⁵ H. DUMONT, *Pénologie*, préc., note 23, p. 125.

⁵²⁶ Andrew VON HIRSCH et Andrew ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 9.

sont arbitraires en ne permettant pas l'exercice de la discrétion judiciaire. Le législateur opte donc pour des peines identiques de fichage fondées sur le seul critère de la nature sexuelle des crimes commis. On devrait d'ailleurs s'inquiéter de cette façon de légiférer qui annonce un changement radical de modèle en matière de *sentencing* ou qui pourrait en être le précurseur : en arriver à des grilles tarifaires en matière punitive conformément à une certaine manière américaine, dont la conséquence est de réduire ou d'annuler la discrétion judiciaire et d'écarter le principe de proportionnalité comme élément déterminant de mesure de la peine.

2.2.3.3. La preuve d'un facteur aggravant et la preuve d'un facteur atténuant

Les principes de justice méritée et de proportionnalité militent, comme nous venons de le voir, pour une individualisation du processus de détermination de la peine. Cette individualisation implique nécessairement la prise en compte de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l'infraction⁵²⁷, et donc de facteurs atténuants et aggravants pertinents. Il va sans dire que dans son état actuel, la *LERDS* n'autorise pas le juge du procès à prendre en compte les facteurs atténuants et aggravants propres à chaque cas d'espèce, ce qui donne lieu à l'injustice du fichage des délinquants sexuels qui ne devraient pas être fichés.

Une décision de fichage devrait plutôt être le résultat de l'exercice de la discrétion judiciaire en matière de détermination de la peine, afin que la peine soit « adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant »⁵²⁸ et qu'elle soit en harmonie avec la partie générale du *Code criminel*. En ce sens, le délinquant devrait par exemple pouvoir faire la preuve de sa

⁵²⁷ R. c. *Proulx*, préc., note 512, par. 82 ; R. c. *Gladue*, préc., note 512, par. 93.

⁵²⁸ Art. 718.2a)(i) *C.cr.*

conduite favorable depuis la commission de l'infraction désignée, de son absence de condamnation antérieure, du contenu positif du rapport présentenciel, de sa réaction positive aux traitements et pouvoir plaider des circonstances de l'infraction. Quant à la poursuite, elle devrait être obligée de faire la preuve hors de tout doute raisonnable, en application de l'art. 724(3)e *C.cr.*, des facteurs d'aggravation punitive comme le degré de préméditation, le risque élevé de récidive, l'existence d'antécédents judiciaires en semblable matière, etc⁵²⁹.

En somme, il y a complète incompatibilité entre la nouvelle version de la *LERDS* et les principes fondamentaux du *sentencing* canadien – soit la justice individuelle et méritée, le principe de proportionnalité et la prise en compte de facteurs aggravants et atténuants pertinents. On ne doit d'ailleurs pas se surprendre de cette incompatibilité : la *LERDS* est le résultat d'une politique criminelle populiste contemporaine découlant des insécurités que nous a légué la modernité tardive. Ce type de politique criminelle est, pour certains, en nette contradiction avec la théorie de la justice méritée⁵³⁰. Comme nous l'avancions en introduction, la *LERDS* s'inscrit dans un discours politique axé exclusivement sur une rationalité punitive utilitariste et de neutralisation du risque. La peine devient instrument abusif et irrationnel de protection de l'ordre social. Le pouvoir politique instrumentalise le droit sans tenir compte des limites au pouvoir de punir dans une démocratie et qui résultent d'une longue histoire civilisationnelle en matière punitive⁵³¹.

⁵²⁹ Sur les facteurs aggravants et atténuants, voir généralement Clayton C. RUBY et al., *Sentencing*, 7^e éd., Markham, Lexis Nexis, 2008.

⁵³⁰ A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, préc., note 526, p. 10 ; A. JODOUIN et M.-È. SYLVESTRE, préc., note 3, 537.

⁵³¹ P. PONCELA, préc., note 3, p. 64 ; Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « La sagesse de grands principes de justice en matière punitive pour dénoncer les peines minimales d'emprisonnement », (2009) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 249.

2.3. Conclusion du deuxième chapitre

Le fichage de la délinquance sexuelle au Canada est polycentrique, en ce que le contrevenant sexuel peut, légalement, faire face à une décision de fichage émanant d'une autorité administrative provinciale et à une ordonnance de fichage fédéral émise par le juge du procès criminel. Qu'il s'agisse du fichage provincial affectant les droits fondamentaux du délinquant sexuel et emportant de véritables conséquences pénales, ou qu'il s'agisse du fichage fédéral qui constitue une véritable peine, le fichage de la délinquance sexuelle doit absolument respecter, selon le cas, les principes de justice fondamentale en matière administrative et être respectueux de principes constitutionnels et sentenciels en matière criminelle. Quel que soit le fichage, son aménagement législatif donne lieu à un tel mépris des règles de justice pour conclure au caractère très inquiétant des politiques pénales canadiennes en cette matière (que ce soit à l'échelle fédérale ou provinciale).

Conclusion

Notre étude suggère que le fichage fédéral emporte pour les délinquants sexuels une stigmatisation qui a toutes les caractéristiques d'une peine criminelle. Toutefois, le régime législatif a été aménagé et modifié stratégiquement avec l'intention de déqualifier ou disqualifier le fichage à titre de peine. Le tout a favorisé une interprétation judiciaire consacrant la nature non punitive de ce stigmate de la criminalité sexuelle. La volonté législative a été interprétée de façon à ne pas exiger du régime législatif canadien de fichage qu'il soit conforme aux principes fondamentaux de la justice criminelle et punitive. Projet politique populiste fondé sur une communauté de la peur et interprétation judiciaire timide ont contribué à une érosion des principes de justice fondamentale de notre système de justice pénale, à une détérioration des garanties constitutionnelles propres à la peine et à une mise à l'écart des principes fondamentaux du *sentencing* canadien.

Cette conclusion doit être mise en contexte avec les données statistiques de 2011: 25 177 contrevenants sexuels figuraient au Registre national des délinquants sexuels⁵³². Depuis l'entrée en vigueur récente d'une nouvelle *LERDS* plus afflictive et plus extensive, on peut parier sur l'augmentation future du nombre de contrevenants sexuels fichés. Or, les règles les plus fondamentales de notre système de justice pénale ont été mises de côté pour plus de 25 000 délinquants sexuels qui ont été jugés comme des récidivistes potentiels méritant un fichage, ce qui autorise la surveillance policière constante de leur liberté après avoir purgé leur peine. Cet effritement des droits et libertés participe d'une idéologie d'amplification irrationnelle du risque criminel associé à la délinquance sexuelle. La

⁵³² Il s'agit du nombre de délinquants enregistrés au Registre au 7 février 2011. Nous avons obtenu cette donnée en réponse à une demande d'accès à l'information que nous avons formulée auprès de la GRC le 2 mars 2011. Nous y avons appris par ailleurs que près de 95 % des délinquants sexuels soumis à des obligations de fichage respectent leurs obligations.

législation comporte par ailleurs le risque d'une application arbitraire du fichage de la délinquance sexuelle, ce qui remet en question le principe de la primauté du droit si cher à la démocratie canadienne⁵³³.

Dans ce mémoire, notre recherche a été faite à partir d'une première hypothèse selon laquelle le régime juridique du fichage fédéral de la délinquance sexuelle est fondé sur la prémisse d'un traitement indifférencié de la délinquance sexuelle sans aucune considération pour le risque réel de récidive criminelle que présenterait chaque délinquant. Nous affirmons d'ailleurs en introduction que cette législation s'inscrivait dans le cadre exclusif d'un droit pénal préventif qui s'appuie sur une conceptualisation moraliste du risque de récidive, excluant ainsi toute appréciation réaliste de ce risque et permettant une stigmatisation injustifiée et injuste au plan personnel. Nous avons également soutenu que les objectifs souhaités de sécurité publique à la base du fichage de la délinquance sexuelle ne peuvent pas être atteints par cette politique criminelle populiste invasive, intrusive et aussi extensive, ce qui met en cause la nécessité de formuler une telle loi selon des paramètres aussi discutables. En d'autres mots, l'enregistrement de données sur n'importe quel délinquant sexuel amoindrit le fichage comme outil efficace de dépistage de la criminalité qui présente un réel danger. Trop de fichage expose aussi le système à être peu sophistiqué, peu performant et toujours en retard dans l'administration et la gestion des données sur la délinquance sexuelle.

Pour vérifier cette hypothèse, nous avons d'abord examiné le cadre juridique instauré par la *LERDS** dans sa première version. Nous avons en effet décrit le régime de fichage fédéral comme étant d'une portée indûment extensive et entièrement fondé sur la prémisse suivante : tous les délinquants sexuels présentent un risque de récidive criminelle inacceptable commandant le fichage, une mesure spéciale et supplémentaire de prévention de la criminalité future (sauf circonstances exceptionnelles donnant lieu à une exemption ou

⁵³³ Renvoi : *droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 59.

à une dispense judiciaire). Notre première question de recherche a consisté à déterminer si, malgré les effets incontestablement préjudiciables de la délinquance sexuelle sur les victimes, le traitement indifférencié des contrevenants sexuels par un fichage généralisé était justifié. Ce sont les données des sciences sociales et humaines en matière de délinquance sexuelle qui ont inspiré nos conclusions. Ces données concernaient plus spécialement deux catégories de délinquants sexuels qui ont justifié la loi fédérale: le pédophile et le prédateur sexuel. Nous avons suggéré que la *LERDS** amplifiait le danger posé par ces deux types de délinquance sexuelle et faisait fi des distinctions réelles qui s'imposaient en matière de délinquance sexuelle. Les données générales sur la délinquance sexuelle ont permis de constater que, contrairement à la prémisse à la base du fichage, les délinquants sexuels ne récidivaient pas tous. Nous avons donc conclu que la *LERDS** ne tenait pas compte des données scientifiques et que sa logique interne était incohérente et injuste puisque les réalités multiples de la délinquance sexuelle nécessitaient plutôt une individualisation du fichage au cas par cas.

Nous avons par la suite examiné quelles étaient les influences et initiatives déterminantes à l'adoption de la *LERDS**. Notre étude suggère qu'il s'agit d'une mesure à l'américaine, copiée sur les *Megan's Laws*. Nous avons ensuite vu que des initiatives provinciales avaient précédé la *LERDS**, ce qui donnait lieu, selon les provinces, à un fichage polycentrique ou à un double fichage de la délinquance sexuelle. Enfin, nous avons examiné plus amplement la *LERDS** et les modifications plus afflictives apportées par la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*. Nous avons alors constaté que la nouvelle *LERDS* donne lieu à une dichotomie encore plus marquée entre le droit en vigueur et les données scientifiques sur la délinquance sexuelle.

Enfin, notre recherche confirme notre première hypothèse et suggère les conclusions suivantes : la *LERDS*, tant dans son ancienne que dans sa nouvelle mouture, est foncièrement axée sur un impératif de sécurité publique et ne fait aucune gestion ou fait une gestion grossière et imparfaite du risque de récidive criminelle. Cela constitue à notre avis

une expression politique de la communauté de peur à laquelle réfère Beck⁵³⁴ et s'inscrit dans l'émergence d'une nouvelle conception pénologique dite de justice actuarielle telle qu'expliquée par les professeurs Feeley et Simon⁵³⁵.

Ensuite, la deuxième hypothèse qui a guidé notre recherche était la suivante: le fichage de la délinquance sexuelle constitue une peine puisqu'il en possède toutes les caractéristiques fondamentales. Notre recherche a porté sur la jurisprudence qui prétendait le contraire. Nous avons tenté d'illustrer par d'autres arguments jurisprudentiels que l'interprétation dominante pouvait être critiquée et permettre une discussion alternative avec la mise en vigueur de la nouvelle *LERDS*. De plus, nous avons examiné le caractère polycentrique du fichage au Canada. Nous avons alors analysé les questions juridiques découlant du fichage provincial et ajouté à notre deuxième hypothèse l'idée qu'un fichage provincial emportait de véritables conséquences pénales sur le délinquant sexuel.

D'ailleurs, au plan provincial, nous avons d'abord souligné que la distribution des pouvoirs dans la fédération canadienne autorisait les provinces à légiférer en matière de fichage de la délinquance sexuelle. Nous avons ensuite soutenu que le fichage provincial emportait de véritables conséquences pénales au sens de l'arrêt *Wigglesworth*⁵³⁶ et affectait les droits des délinquants sexuels garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Il en résultait que les décisions administratives de fichage devaient être prises en respectant les règles de justice naturelle propres à la décision judiciaire (soient les règles *audi alteram partem* et *nemo judex in sua causa*). Nous avons discuté de deux questions accessoires, à savoir l'application rétrospective des mécanismes provinciaux de fichage et la question de la décision de fichage issue d'un protocole qui n'est pas soumis aux mêmes formalités que la loi ou le règlement. Nous avons enfin conclu que les mécanismes provinciaux présentaient

⁵³⁴ U. BECK, préc., note 13.

⁵³⁵ M. FEELEY et J. SIMON, préc., note 15.

⁵³⁶ *Wigglesworth*, préc., note 329.

des lacunes importantes en termes de garanties procédurales qui compromettaient la validité des décisions prises et pouvaient les exposer au contrôle judiciaire de leur légalité.

Au niveau fédéral, nous avons souligné que le fichage de la délinquance sexuelle instauré par la *LERDS* (tant dans sa première que dans seconde version) constituait un exercice valide de la compétence criminelle dévolue au Parlement fédéral. Mais nous avons souligné nos inquiétudes quant à la conformité de cette loi avec la théorie constitutionnelle de l'imprécision et celle de la création d'une présomption inconstitutionnelle trop globale de récidive criminelle justifiant le fichage. Ensuite, nous avons discuté de la décision différée de fichage de l'ancienne version de la *LERDS** qui était distincte de la sentence, en argumentant que cette décision prise par le juge du procès constituait néanmoins une peine et devait respecter les principes constitutionnels relatifs à la peine. Enfin, nous avons suggéré quant à la nouvelle version de la *LERDS* que le législateur avait dissipé toute ambiguïté sur la nature punitive du fichage en confiant l'émission de l'ordonnance de fichage au juge de la détermination de la sentence.

Notre conclusion sur la nature juridique du fichage fédéral à titre de peine nous a amenée à affirmer que la décision de fichage devait respecter les principes de justice naturelle et être respectueuse des garanties constitutionnelles propres à la peine. Si la première version de la *LERDS** avait prévu une procédure en partie respectueuse de la justice naturelle, la nouvelle version de la *LERDS* évacue presque totalement les principes de la justice naturelle de sa procédure. Au plan constitutionnel, nous avons argumenté que les tribunaux, malgré leurs conclusions sur la nature non punitive du fichage, avaient omis de tenir compte d'arguments fort pertinents qui permettraient de réviser leurs conclusions dans de futurs débats constitutionnels et d'appliquer à la nouvelle version de la *LERDS* certaines garanties constitutionnelles propres à la peine. Comme nous avons soutenu que le fichage était de la nature d'une peine, nous avons examiné comment et dans quelles circonstances les garanties prévues aux art. 11i), 11h) et 12 de la *Charte* pourraient être revendiquées lorsqu'il est question du fichage fédéral. Enfin, nous avons examiné quelles

étaient les implications de la déqualification du fichage à titre de peine sur les principes fondamentaux du *sentencing* canadien. Nous avons alors constaté que le fichage instauré par la *LERDS* nouvelle mouture était incompatible avec la justice méritée et individualisée, le principe de la proportionnalité et la prise en compte des facteurs atténuants et aggravants pertinents. En bref, nous concluons que la mise en œuvre d'un fichage polycentrique de la délinquance sexuelle donne lieu à une érosion des principes de justice fondamentale tant en matière criminelle qu'administrative, et à une non-application des garanties constitutionnelles propres à la peine et des principes fondamentaux du *sentencing* canadien.

Notre réflexion finale participe d'une interrogation plus fondamentale : serions-nous en train d'assister à la transformation des finalités de la peine en dérogation de la partie XXIII du *Code criminel* et au déclin de la théorie dominante en matière pénologique? À première vue, la technique punitive du fichage de la délinquance sexuelle ayant pour objectif la sécurité publique paraît inédite et nouvelle. Mais comme nous l'avons évoqué, cette technique punitive rappelle certains châtiments oubliés, comme le marquage au fer rouge de la criminalité ou l'humiliation publique des condamnés utilisés au Moyen-Âge. En ce sens, peut-on véritablement parler de transformation des connaissances théoriques et d'émergence d'un paradigme punitif entièrement nouveau⁵³⁷, ou faut-il plutôt parler de résurgence d'un ancien paradigme de défense sociale exclusivement utilitariste sans égard pour la justice punitive individualisée? Assiste-t-on au retour d'anciens châtiments oubliés grâce à une technologie plus sophistiquée pour camoufler leur nature véritable? Il est probablement trop tôt pour annoncer un changement de paradigme au plan punitif ou pour parler d'émergence d'un paradigme entièrement nouveau. On doit néanmoins observer des signes de dégénérescence des principes fondamentaux sur lesquels une justice criminelle et punitive civilisée s'est construite, ce qui mérite que l'on garde l'œil ouvert.

⁵³⁷ Par changement de paradigme, on entend que la science évoluerait non pas par accumulation de connaissances, mais plutôt par rupture : Thomas S. KHUN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que la transformation de la pénologie canadienne s'inscrit dans un contexte sociopolitique lui-même en mutation. En effet, comme nous l'avons vu en conclusion de première partie, les sociétés néolibérales sont de plus en plus obsédées par l'incertitude et l'insécurité, à un point tel qu'elles deviennent « risquophobes »⁵³⁸ ou hypersensibles au danger⁵³⁹. Avec la peine, il ne s'agirait donc plus de gérer le risque associé à un état dangereux comme le prétend la thèse de la justice actuarielle⁵⁴⁰, mais il faudrait désormais prévenir le danger à tout prix et à n'importe quel prix. Même si l'on met en doute l'existence d'un danger, on préfère néanmoins neutraliser le risque imaginaire ou hypothétique⁵⁴¹. C'est donc la prévention radicale qui prédomine à notre époque et l'idéologie de la surveillance extrême⁵⁴² ou totalitaire⁵⁴³. La société semble disposée à créer des mécanismes de contrôle de l'individu en liberté qui ressemblent étrangement au système panoptique de Bentham inventé pour la surveillance en prison⁵⁴⁴.

Selon Bill Hebenton et Toby Seddon, deux professeurs britanniques de criminologie, cette logique de prévention confronte les données scientifiques sur la prédiction de risques. La science n'a plus la capacité de produire des connaissances utiles sur le risque et est, elle-même, productrice d'incertitudes⁵⁴⁵. La question ne devrait cependant pas consister à bannir la science dans l'élaboration des lois criminelles et des politiques de prévention du crime, mais plutôt d'en tenir compte afin de mieux gérer l'incertitude. De plus, ce ne sont plus les principes du droit qui inspirent ou guident cette logique de la prévention tous azimuts. On assiste plutôt à une pléthore de contre-lois en

⁵³⁸ Bill HEBENTON et Toby SEDDON, « From Dangerousness to Precaution. Managing Sexual and Violent Offenders in an Insecure and Uncertain Age », (2009) 49 *British J. Criminol.* 343.

⁵³⁹ H. DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? », préc., note 20, à la p. 843.

⁵⁴⁰ M. FEELEY et J. SIMON, préc., note 15.

⁵⁴¹ B. HEBENTON et T. SEDDON, préc., note 538, 346.

⁵⁴² *Id.*

⁵⁴³ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975; sur ce livre de Foucault, voir Jean-Paul BRODEUR, « Surveiller et punir », (1976) 9 *Criminologie* 196.

⁵⁴⁴ Jeremy BENTHAM, *Le panoptique*, Paris, Belfond, 1977.

⁵⁴⁵ B. HEBENTON et T. SEDDON, préc., note 538, 351.

réponse à des lois déjà existantes prétendument défaillantes⁵⁴⁶ et perçues comme constituant des obstacles à la prévention d'un dommage criminel⁵⁴⁷. Ces contre-lois diminuent les standards d'équité procédurale et les principes de justice individuelle pour faciliter les enquêtes sur des soi-disant crimes extraordinaires et des dangers soi-disant nouveaux qui nécessiteraient de les mettre de côté (en matière de terrorisme par exemple)⁵⁴⁸.

Il est intéressant de mettre la position des professeurs Heberton et Seddon en relief avec la conclusion que suggère notre étude et selon laquelle la disqualification du fichage à titre de peine entraîne une érosion significative des principes de justice fondamentale, des garanties constitutionnelles propres à la peine et des principes fondamentaux du *sentencing* canadien. Cette exclusion ou dissociation du fichage du champ pénal serait le produit d'une politique hégémonique de prévention générale dans laquelle la science et le droit ne conditionnent plus l'orientation et l'élaboration des lois préventives. Les principes du droit et les données de la science sont dorénavant perçus comme générateurs d'incertitude ou réputés créer des obstacles à la prévention du dommage criminel. En ce sens, la peine devient un pur instrument de gestion de la sécurité publique.

Or, cette façon unidimensionnelle de concevoir la peine dans cette idéologie sécuritaire et préventive est justement incompatible avec les principes de la justice méritée individualisée et de la proportionnalité qui dominent la partie XXIII du *Code criminel*. De plus, les mesures qui résultent de cette idéologie ont souvent des caractéristiques informelles qui les dissocient superficiellement de la peine traditionnelle et qui les font échapper à l'application des garanties judiciaires et constitutionnelles. Ces signes attestent finalement de la transformation des finalités de la peine développées au cours d'un long processus de

⁵⁴⁶ B. HEBENTON & T. SEDDON, préc., note 538, 346. Cette notion de contre-loi est inspirée de Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, préc., note 543; voir également sur ce thème Richard ERICSON, *Crime in an Insecure World*, Cambridge, Polity Press, 2007.

⁵⁴⁷ Hélène DUMONT, « Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », (2011) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 239, 240.

⁵⁴⁸ B. HEBENTON & T. SEDDON, préc., note 538, 347. ; H. DUMONT, *id.*, 251.

civilisation et doivent mériter notre attention. C'est ce que nous avons voulu faire dans ce mémoire sur le fichage de la délinquance sexuelle.

Table de la législation

Textes fédéraux et provinciaux

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*
[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Lois canadiennes et décrets

Code criminel, L.R.C., 1985, c. C-46

*Décret fixant au 15 décembre 2004 la date d'entrée en vigueur de la Loi
Enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels (Loi)*, C.P. 2004-25,
TR/2004-0157 (Gaz. Can. II).

*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale, le Code criminel, la Loi sur l'enregistrement
de renseignements sur les délinquants sexuels et la Loi sur le casier judiciaire* L.C.,
2007, c. 5

Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels, L.C. 2010, c. 1

Loi sur l'accès à l'information, L.R., 1985, c. A-1

Loi sur le casier judiciaire, L.R., 1985, c. C-47

Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C., 2004, c. 10

Loi sur l'identification des criminels, L.R.C. 1985, c. I-1

Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, L.C. 1998, c. 37

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions, L.C. 1992, c. 20.

Projets de loi canadiens

Loi concernant l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels et modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence, projet de loi n° C-23, (3^e lecture à la Chambre – 5 novembre 2003), 2^e sess., 37^e légis. (Can.).

Loi modifiant le Code criminel (Loi renforçant la sévérité des peines d'emprisonnement pour les crimes les plus graves), projet de loi n° S-6 (3^e lecture au Sénat – 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur certaines drogues et autres substances et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (Loi sur les peines

sanctionnant le crime organisé en matière de drogue), projet de loi n° S-10 (débat à la 2^e lecture à la Chambre – 7 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (condition sociale), projet de loi n° c-558 (1^{er} lecture à la Chambre – 17 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (semi-liberté - règle de six mois ou du sixième de la peine), projet de loi n° C-434 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (ajout à l'ordonnance d'interdiction), projet de loi n° C-376 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (dédommagement des victimes), projet de loi n° C-372 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (révision du délai préalable à la libération conditionnelle) et d'autres lois en conséquence, projet de loi n° C-332 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans), projet de loi n° C-268 (sanction royale le 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (prédateur sexuel d'enfants), projet de loi n° C-246 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (peines consécutives), projet de loi n° C-231 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (cruauté envers les animaux), projet de loi n° C-229 (1^{er} lecture à la Chambre – 3 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la défense nationale en conséquence (Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples), projet de loi n° C-48 (étude en comité – 7 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (Loi sur la protection des enfants contre les prédateurs sexuels), projet de loi n° C-54 (2^e lecture en Chambre – 6 décembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc), projet de loi n° C-21 (2^e lecture à la Chambre – 5 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et d'autres lois en conséquence, projet de loi n° C-39 (2^e lecture à la Chambre – 20 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Shoker), projet de loi n° C-30 (1^{er} lecture à la Chambre – 31 mai 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire et d'autres lois en conséquence (Loi supprimant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves), projet de loi n° C-23B (étude en Comité – 24 novembre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire, projet de loi n° C-23A (sanctionné le 29 juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves), projet de loi n° C-16 (2^e lecture à la Chambre et renvoi à un Comité – 6 mai 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (Loi de Sébastien (protection du public contre les jeunes contrevenants violents), projet de loi n° C-4 (étude en Comité – juin 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.)

Lois et règlements provinciaux

Alberta Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.A. 2002, c. F – 25

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165

Loi de Christopher, L.O. 2000, c. 1

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1

Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P-15

Règlement du Québec sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels,
DORS/2005-6

Sex Offender Registry Act, S.B.C. 2001, c. 21

Textes étrangers

Lois américaines

Adam Walsh Child Protection and Safety Act, 42 U.S.C. § 16901 (2006)

Jacob Wetterling Act, 42 U.S.C. §§ 14071 (1994)

Megan's Law, New Jersey Statute Ann. 2C :7-1-7-11 (1994)

Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, 42 U.S.C. 3750 (1968)

Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act of 1996, 42 U.S.C. § 14072
(1997 & Supp. 2002)

Table de la jurisprudence

Jurisprudence canadienne

Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

Banque Canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121

Bédard c. Dawson, [1923] R.C.S. 681

Bisaillon c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60

Blencoe c. Colombie-Britannique [2000] 2 R.C.S. 307

Bulmer c. Alberta (Solicitor General), (1987) 36 D.L.R. (4th) 688 (A.B.Q.B.)

Canada (Direction des enquêtes sur les coalitions, directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui, [1995] 1 R.C.S. 3

Cardinal c. Kent, [1985] 2 R.C.S. 643

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350

Chatterjee c. Ontario (Procureur général), [2009] 1 R.C.S. 624

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711

Clubb v. Saanich (District) (1996), 46 C.R. (4th) 253 (B.C.S.C.)

Compeau c. Commission nationale des libérations conditionnelles, [1987] 3 C.F. 682 (C.F. 1^{er} instance)

Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal, [1978] 1 R.C.S. 152

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice), [1992] 3 R.C.S. 631

Kane c. Université de la Colombie-Britannique, [1980] 1 R.C.S. 1105

Lebel c. La Reine, (1983) 30 C.R. (3d) 285 (C.S. Québec)

Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118

Morin c. R., 2009 QCCA 187

Motor Transport Board of Manitoba c. Purolator, [1981] 2 R.C.S. 364

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161

Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311

Paton v. The Queen, [1968] R.C.S. 341

P.G. Canada et Dupont c. Ville de Montréal, [1978] 2 R.C.S. 770

P.G. Colombie-Britannique c. Christie, [2007] 1 R.C.S. 873

P.G. du Québec c. Tribunal de l'expropriation, [1986] 1 R.C.S. 732

P.S.C. v. British Columbia (Attorney General), 2007 BCSC 895

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. W.(K.L.), [2000] 2 R.C.S. 519

O'Hara c. Colombie-Britannique, [1987] 2 R.C.S. 218

Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association, [2010] 2 R.C.S. 536

R. c. Asselin, 2009 QCCA 188

R. c. Beare; Higgins, [1988] 2 R.C.S. 387

R. v. B.E.R., 2005 BCCA 420

R. c. Berthelette, 2006 QCCA 928

R. v. Butz, 2009 SKCA 142

R. c. C.L.B., 2009 ABCA 134

R. c. Craig, [2009] 1 R.C.S. 762

R. c. Cross, [2006] 2 R.C.S. vi, 2006 NSCA 30

R. v. Debidin, 2008 ONCA 868

R. c. Demers, [2004] 2 R.C.S. 489

R. c. Dompierre, 2008 QCCA 2522

R. c. Dunn, [1995] 1 R.C.S. 226

R. v. Dyck, 2008 ONCA 309

R. c. Gardiner, [1982] 2 R.C.S. 368

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688

R. v. Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada, [1956] S.C.R. 303

R. v. Have, 2005 ONCJ 27

R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761

R. c. Hydro-Québec, [1997] 3 R.C.S. 213

R. v. J.D.M., 2005 ABPC 264

R. c. Johnson, [2003] 2 R.C.S. 357

R. v. Kasokeo, 2009 SKCA 48

R. c. Lambert, [1995] 1 R.C.S. x, (1994) 93 C.C.C. (3d) 88, par 17 (Nfld C.A.)

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309

R. c. Luxton, [1990] 1 R.C.S. 711

R. v. May, 2009 BCCA 161

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500

R. v. M.(D.B.) (2006), 205 C.C.C. (3d) 161 (N.S. C.A.)

R. c. Monney, [1999] 1 R.C.S. 652

R. c. Morgantaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606

R. c. Pellerin, *R. c. Lauzon*, (1982) 17 M.V.R. 203 (C.S.P. Québec)

R. c. Nguyen, [2009] 1 R.C.S. 826

R. v. Olah, [1998] 1 R.C.S. xii, (1997) 115 C.C.C. (3d) 389 (C.A. Ont.)

R. v. Otcheek, 2009 MBCA 88

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61

R. c. R.C., [2005] 3 R.C.S. 99

R. c. Redhead, [2006] 2 R.C.S. x, 2006 ABCA 84

R. c. R.E.M., [2008] 3 R.C.S. 3.

R. c. Shubley, [1990] 1 R.C.S. 3, (1988) 63 O.R. (2d) 161 (C.A. Ont.)

R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045

R. v. S.M., 2005 NBCA 111

R. v. S.S.C., 2008 BCCA 262

R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933

R. v. T.C., 2009 SKCA 124

R. v. T.L.B., 2007 ABCA 135

R. v. Turnbull, 2006 NLCA 66

R. c. Ville de Sault-Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299

R. v. Warren, 2010 ABCA 133

R. c. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541

R. c. Wiles, [2005] 3 R.C.S. 895

R. v. Y.(B.T.), 2006 BCCA 331

R. c. Youngpine, 2009 ABCA 89

R. v. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940

R. c. Zinck, [2003] 1 R.C.S. 41

Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] R.C.S. 1

Renvoi : droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721

Renvoi relatifs aux armes à feu, [2000] 1 R.C.S. 783

Renvoi sur la prostitution, (Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code Criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123

Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.B.), [1985] 2 R.C.S. 486

Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et des permis d'alcool), [1987] 2 R.C.S. 59

RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199

Thériault c. R., 2009 QCCA 185

Turgeon c. R., 2009 QCCA 186

Singh et al. c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] 1 R.C.S. 177

Venne c. Québec (Commission de la protection du territoire agricole), [1989] 1 R.C.S. 880

Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 R.C.S. 625

Jurisprudence américaine

Kansas v. Hendricks (1997), 521 U.S. 346

Smith v. Doe (2003), 538 U.S. 84

Bibliographie générale

Monographie et ouvrages collectifs

- BEBIN, X., *Pourquoi punir? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, L'Harmattan, 2006
- BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Champs Flammarion, 2008
- BÉLIVEAU, P., et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 17^e éd., Montréal et Cowansville, Éditions Thémis et Yvon Blais, 2010
- BENTHAM, J., *Le panoptique*, Paris, Belfond, 1977
- BOULOC, B., *Pénologie*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008
- BRUN, H., P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne*, 21^e éd., coll. « Alter ego », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.
- CLEWLEY, G. R., et P. G. MCDERMOTT, *Sentencing: The Practitioner's Guide, loose-leaf edition*, Aurora, Canada Law Book, April 2008, No. 26

CÔTÉ, P.-A., S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009

CUSSON, M., *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987

DESJARDINS, S., *Étude et évaluation de l'hébéphilie comme catégorie distincte d'agresseurs sexuels*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2006

DUMONT, H., *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993

DUPLÉ, N., *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000

DUPLESSIS, Y., et J. HÉTU, *L'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Loi indexée, commentée et annotée*, Brossard, Publications CCH, éditions sur feuilles mobiles, vol. 3

ERICSON, R., *Crime in an Insecure World*, Cambridge, Polity Press, 2007

GARAND, P., *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010

GARAND, P., *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 3 « Les Chartes », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

GARLAND, D., *The Culture of Control : Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001

FINKELHOR, D., et al., *Sexual abuse in day care*, Newbury Park, Sage, 1989

FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975

ISSALYS, P., et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2002

JENKINS, P., *Moral Panic : Changing Concepts of the Child Molester in Modern America*, New Haven & London, Yale University Press, 1998

HARRIS, A. J. R., et R. K. HANSON, *Sex Offender Recidivism : A Simple Question*, Ottawa, Public Safety Canada, 2004

HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada. Student Edition*, Scarborough, Thomson Carswell, 2007

JANUS, E. S., *Failure to Protect : America's Sexual Predator Laws and the Rise of the Preventive State*, Ithaca, Cornell University Press, 2006

KHUN, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1996

LA FOND, John Q., *Preventing Sexual Violence : How to Cope With Sex Offenders*, Washington, American Psychological Association, 2005

MILL, J. S., *On Liberty. Considerations on Representative Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1946

- MARSHALL, P., *The Prevalence of Convictions for Sexual Offending*, Research Finding No. 55, London, Home Office, 1997
- PACKER, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968
- PONCELA, P., *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1995
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971
- ROACH, K., *Due Process and Victims' Rights. The New Law and Politics of Criminal Justice*, University of Toronto Press, Toronto, 1999
- ROBERTS, J. V., et al., *Penal Populism and Public Opinion. Lessons From Five Countries*, New York, Oxford University Press, 2003
- RUBY, C. C., et al., *Sentencing*, 7^e éd., Markham, Lexis Nexis, 2008.
- RUSH, F., *The Best-Kept Secret. Sexual Abuse of Children*, 1980, New York, McGraw-Hill
- SETO, M. C., *Pedophilia and Sexual Offending Against Children. Theory, Assessment, and Intervention*, Washington, American Psychological Association, 2008
- SULLIVAN, R., *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2008
- TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel. Principes*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000

VON HIRSCH, A., *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, Hill & Wang, 1976

VON HIRSCH, A., A. ASHWORTH et J. ROBERTS (dir.), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, 3^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2009

VON HIRSCH A., et A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, New York, Oxford University Press, 2005

WARD, T., D. L.L. POLASCHEK et A. R. BEECH, *Theories of Sexual Offending*, West Sussex, John Wiley & Sons, 2006

ZILNEY, L. J., et L. A. ZILNEY, *Perverts and Predators. The Making of Sexual Offending Laws*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2009

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

BEDARF, A. R., « Examining Sex Offenders Community Notification Laws », (1995) 83 *California Law Review* 885

BERLINER, L., « Sex Offenders : Policy and Practice », (1998) 92 *Nw. U. L. Rev.* 1203

- BLANCHARD, R., A. D. LYKINS, D. WHERETT et al. « Pedophilia, Hebephilia, and the DSM-V », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 335
- BRODEUR, J.-P., « Surveiller et punir », (1976) 9 *Criminologie* 196
- CAVENDER, G., « Media and Crime Policy : A Reconsideration of David Garland's The Culture of Control », (2004) 6 *Punishment & Society* 335
- CASS, A. I., « Routine Activities and Sexual Assault : An Analysis of Individual and School-Level Factors », 22 *Journal of Violence and Victims* 350
- CHEVRETTE, F., H. CYR et F. TANGUAY-RENAUD, « La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive », dans BEAUDOIN, G.-A. et MENDES, E. (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 595
- COOPER, J. A., et LEWIS, G., « Community Notification of High Risk Sex Offenders : The Manitoba Model », (1997) 46 *U.N.B.L.J.* 171
- CÔTÉ, P.-A., « Le juge et les droits acquis en droit public canadien », (1989) 30 *C. de D.* 359
- CORRIGAN, R., « Making Meaning of Megan's Law », (2006) 31 *Law & Social Inquiry* 267
- CUFFLEY, N., « Tattooing Sex Offender on His Forehead », (2004) 6 *C.R. (6th)* 134;
- DAVIES, H., « Sex Offender Registries : Effective Crime Prevention Tools or Misguided Responses? », (2004) 17 *C.R. (6th)* 156.

- DECUE, G., « Should Hebephilia be a Mental Disorder? A Reply to Blanchard et al. (2008) », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 317
- DESROSIERS, J., et D. BERNIER, « Sexe, adolescence et populisme pénal... ou comment la différence d'âge est devenu un crime », (2009) 50 *C. de D.* 632
- DUMONT, H., « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? Conversation imaginée sur l'émergence des normes pénales avec Andrée Lajoie », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, p. 807, à la p. 843
- DUMONT, H., « Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », (2011) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 239
- DUMONT, H., « Le casier judiciaire : criminel un jour, criminel toujours? », dans POUPART, A. (dir.), *Les journées Maximilien-Caron : Le respect de la vie privée dans l'entreprise*, Montréal, Thémis, 1995, p. 107
- DUFRESNE, M., et D. ROBERT, « Les effets de vérité du discours de l'ADN pénal au Canada », (2008) 41 *Criminologie* 83
- DUMONT, H., et A. STYLIOU, « La sagesse de grands principes de justice en matière punitive pour dénoncer les peines minimales d'emprisonnement », (2009) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 249
- FARLEY, L. G., « The Adam Walsh Act: The Scarlett Letter of the Twenty-First Century », 47 *Washburn L. J.* 471

- FARKAS, M. A., et A. STICHMAN, « Sex Offender Laws : Can Treatment, Punishment, Incapacitation and Public Safety Be Reconciled », (2002) 27 *Criminal Justice Review* 256
- FEELEY, M. M., et J. SIMON, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Impications », (1992) 30 *Criminology* 449
- FEELEY, M. M., et J. SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law » dans David NELKEN (éd.), *The Futures of Criminology*, Sage Publications Ltd, London, 1994, p. 173
- FILION, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercée sous forme de normes administratives : les directives », (1979) 20 *C. de D.* 855
- FORTIN, F., et J. ROY, « Profil des consommateurs de pornographie juvénile arrêtés au Québec », (2006) 39 *Criminologie* 107
- GARAND, P., « Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale (article 7) », dans Gerald-A. BEAUDOIN et Errol MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2005, p.457, à la p. 558
- GARLAND, D., « Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité », (2007) 31 *Déviance et société* 387
- HANSON, R. K., et M. T. BUSSIÈRE, « Predicting Relapse : A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies », (1998) 66 *Journal of Consulting & Clinical Psychology* 348

- HEBENTON, B., et T. SEDDON, « From Dangerousness to Precaution. Managing Sexual and Violente Offenders in an Insecure and Uncertain Age », (2009) 49 *British J. Criminol.* 343
- HOULE, F., « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », (2001-2002) 47 *McGill L. J.* 161
- JODOUIN A., et M.-È. SYLVESTRE, « Échec de la réforme de la peine », (2009) 50 *C. de D.* 519
- KABAT, A. R., « Scarlet Letter Sex Offender Databases and Community Notification : Sacrificing Personal Privacy for a Symbol's Sake », (1998) 35 *American Criminal Law Review* 333
- LANDRY, Y. et V. DÉSILETS, « Les garanties juridiques », dans BEAUDOIN, G.-A. et MENDES, E. (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 877
- LOGAN, W., « A Study in Actuarial Justice: Sex Offender Classification Practice and Procedure », (2000) 3 *Buffalo Criminal Law Review* 593
- MARSHALL, W. L., et H.E. BARBAREE, « The Long-term Evaluation of a Behavioral Treatment Program for Child Molesters », (1988) 26 *Behaviour Research and Therapy* 499
- MARY, P., « Pénalité et gestion des risques : vers une justice 'actuarielle' en Europe? », (2001) 35 *Déviance et société* 33

- MATSON, S., et R. LIEB, « Sex Offender Registration : A Review of State Laws », (1997) 17 *Children Legal Rights Journal* 22
- MURRAY, J. B., « Psychological Profile of Pedophiles and Child Molesters », (2000) 134 *The Journal of Psychology* 211
- O'DONOHUE, W., « A Critique of the Proposed DSM-V Diagnosis of Pedophilia », (2010) 39 *Archives of Sexual Behavior* 587.
- O'MALLEY, P., « 'Mondialisation' et justice criminelle' : du défaitisme à l'optimisme », (2006) 30 *Déviance et Société* 323
- PETRUNK, M., « The Hare and the Tortoise : Dangerousness and Sex Offender Policy in the United States and Canada », (2003) 45(1) *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 43
- PINARD, D., « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315
- PINARD, D., « Incertitude et risques : la preuve en matière constitutionnelle », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Science, vérité et justice*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 65.
- PIRES, A. P., « Kant face à la justice criminelle », dans Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. n°2, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1998, p. 145
- PIRES, A. P., « Le devoir de punir : le rétributivisme face aux sanctions communautaires », (1990) 32 *Revue canadienne de criminologie* 441

- PROULX, J., C. PERREAULT et M. OUIMET, « Pathways in the Offending Process of Extrafamilial Sexual Child Molesters », (1999) 11 *Sexual Abuse: A Journal of Research & Treatment* 117
- PROULX, J., et al., « Static and Dynamic Predictors of Recidivism in Sexual Aggressors », (1997) 9 *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 7
- PROULX, J., et P. LUSSIER, « La prédiction de la récidive chez les agresseurs sexuels », (2001) 34 *Criminologie* 9
- QUINSEY, V. L., A. KHANNA et P. B. MALCOLM, « A Retrospective Evaluation of the Regional Treatment Centre Sex Offender Treatment Program » (1998) 13 *Journal of Interpersonal Violence* 621
- RIBEIRO, M., « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *R.J.T.* 663
- SIMON, J., « Managing the Monstrous : Sex Offenders and the New Penology », (1998) 4 *Psychology, Public Policy, and Law* 452
- TOURIGNY, M., et N. TROCMÉ, « Facteurs associés à la décision d'entreprendre des poursuites criminelles à la suite d'un signalement pour abus sexuel ou physique envers un enfant », (2000) 33 *Criminologie* 7
- VALVERDE, M., R. LEVI et D. MOORE, « Legal Knowledge of Risks », dans Law Commission of Canada, *Law and Risk*, 2005, Vancouver, UBC Press, p. 86

VANZILE-TAMSEN, C., M. TESTA et J. A. LIVINGSTON, « The Impact of Sexual Assault History and Relationship Context on Appraisal and Responses to Acquaintance Sexual Assault Risk », (2005) 20 *Journal of Interpersonal Violence* 813

VESS, J., et A. SKELTON, « Sexual and Violent Recidivism by Offender Type and Actuarial Risk: Reoffending Rates for Rapists, Child Molesters and Mixed-Victim Offenders », (2010) 16 *Psychology, Crime and Law* 541

WITT, P., J. DELRUSSO, J. OPPENHEIM et G. FERGUSON, « Sex Offender Risk Assessment and the Law », (1996) 24 *J. Psychiatry & L.* 343

Mémoire

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, SECTION NATIONALE DU DROIT PÉNAL, *Mémoire sur le projet de loi C-23. Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, mai 2003, en ligne : www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/03-24-fr.pdf (consulté le 10 décembre 2010)

Travaux parlementaires

BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, « Résumé législatif. Projet de loi S-2 : Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels », (en ligne) : http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=s2&source=library_prb&Parl=40&Ses=3&Language=F (consulté le 3 mars 2011)

CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., 21 février 2003, « Initiatives ministérielles. Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels », p. 1010 (Mme Marlene Jennings)

PARLEMENT DU CANADA, « Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale. Examen de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels », (en ligne) :

<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4277019&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=F> (consulté le 31 janvier 2011)

Documents gouvernementaux, d'organismes publics ou d'associations

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders : DSM-IV-TR*, 4^e éd., Washington (DC), American Psychiatric Association, 2000

CANADA, MINISTRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES CANADA, *Réformer la sentence. Une approche canadienne. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, 1987

GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Manitoba Community Notification Advisory Committee. Protocol*, 2002 (non publié)

GOUVERNEMENT DU MANITOBA, *Rapport n° 14 du Comité consultatif de notification du public du Manitoba*, 2010 (non publié)

QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Statistiques 2007 sur les agressions sexuelles au Québec*, Québec, Direction de la prévention de la lutte contre la criminalité, gouvernement du Québec, septembre 2008

SOLLICITOR GENERAL CANADA, WORKING GROUP ON HIGH RISK SEX OFFENDERS, Report to federal, provincial and territorial ministers on information systems on sex offenders against children and other vulnerable groups, 1998

STATISTIQUE CANADA (BRENNAN, S., et A. TAYLOR-BUTTS), « Les agressions sexuelles au Canada », (2008) *Juristat* 85F0033M n°19, en ligne :

http://www.statcan.gc.ca/access_acces/alternative_alternatif.action?l=fra&loc=/pub/85f0033m/85f0033m2008019-fra.pdf (consulté le 20 avril 2011)

STATISTIQUE CANADA (PERREAU, S. et J. BRENNAN), « La victimisation criminelle au Canada, 2009 », (2010) 30 :2 *Juristat*, en ligne :

http://www.statcan.gc.ca/access_acces/alternative_alternatif.action?l=fra&loc=http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2010002/article/11340-fra.pdf&t=La%20victimisation%20criminelle%20au%20Canada,%202009

(consulté le 20 avril 2011)

STATISTIQUE CANADA (REINGOLD, B.), « Enfants disparus et enlevés », (1998) 18 :2 *Juristat*, en ligne :

<http://www.statcan.gc.ca/bsolc/olc-cel/olc-cel?catno=85-002-X&chprog=1&lang=fra> (consulté le 20 avril 2011)

Liens Internet

GOVERNMENT OF ALBERTA / SOLLICITOR GENERAL AND PUBLIC SAFETY, *High Risk Offenders Listing*, en ligne :

https://www.solgps.alberta.ca/SAFE_COMMUNITIES/COMMUNITY_AWARENESS/SERIOUS_VIOLENT_OFFENDERS/Pages/high_risk_offenders_listing.aspx
(consulté le 20 mars 2011)

HUMAN RIGHTS WATCH, *No Easy Answers. Sex Offender Laws in the US*, 2007, vol. 19, n. 4(g), p. 118, en ligne : <http://www.hrw.org/en/reports/2007/09/11/no-easy-answers>,
(consulté le 1^{er} mai 2011)

THE STATE OF NEW JERSEY: DEPARTEMENT OF LAW & PUBLIC SAFETY –OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *New Jersey State Police*, en ligne:
https://www6.state.nj.us/LPS_spoff/SetSession (consulté le 18 février 2011)

SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, « Le Canada prend des mesures pour renforcer le registre national des délinquants sexuels et la Banque nationale de données génétiques », en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/media/nr/2010/nr20100317-1-fra.aspx>
(consulté le 1^{er} février 2011)

